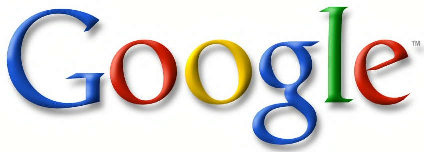


Bachem

Der Unterschied zwischen dem Furtum des Römischen Rechtes und dem Diebst[ahl]

Germany.

3. Oktober 1880.

97

DER UNTERSCHIED

ZWISCHEN DEM

FURTUM DES RÖMISCHEN RECHTES

UND DEM

DIEBSTAHL

NACH DEM DEUTSCHEN REICHS-STRAFGESETZBUCH

BESONDERS IN IHREN BEZIEHUNGEN

ZUM SYSTEM DES PRIVAT-RECHTES

VON

CARL BACHEM

DR. JUR. UTR.

KÖLN, 1880.

DRUCK UND VERLAG VON J. P. BACHEM.

DER UNTERSCHIED

ZWISCHEN DEM

FURTUM DES RÖMISCHEN RECHTES

UND DEM

DIEBSTAHL

NACH DEM DEUTSCHEN REICHS-STRAFGESETZBUCH

BESONDERS IN IHREN BEZIEHUNGEN

ZUM SYSTEM DES PRIVAT-RECHTES

VON

CARL BACHEM

DR. JUR. UTR.

KÖLN, 1880.

DRUCK VON J. P. BACHEM.

Auf Grund dieser Arbeit, die jedoch noch einige Aenderungen erfahren hat, und der abgelegten mündlichen Prüfung wurde dem Verfasser am 14. Januar 1880 von der juristischen Facultät der Universität Göttingen die juristische Doctorwürde verliehen.

Inhalt.



Einleitung.

§ 1.

Die Gegenüberstellung des römischen furtum und des deutschen Diebstahls nach dem Reichs-Strafgesetzbuch ergibt ein Resultat, das zunächst eine gewisse Bedeutung hat für die wissenschaftliche Erkenntniss der Grundgedanken beider Begriffe. Nach dieser Erkenntniss zu streben, gehört zu den höchsten Aufgaben der theoretischen Rechtswissenschaft, welche nicht nur die einzelnen Begriffe für sich allseitig zu begreifen, sondern auch dieselben in ihren Beziehungen zum System der Rechtswissenschaft und verwandte Begriffe in ihren gegenseitigen Beziehungen darzulegen sucht. Sollte nach diesen Richtungen hin die vorliegende Abhandlung ein Scherflein beitragen, so würde die auf dieselbe verwandte Arbeit völlig belohnt sein. Jenes Resultat leistet aber auch wesentlich praktische Dienste, indem es eine schärfere gegenseitige Begrenzung beider Begriffe ermöglicht. Die Analogie des furtum hat in mehrern Fällen Veranlassung gegeben, Thatbestände zum Diebstahl zu stellen, die zwar furtum, aber keineswegs Diebstahl sind. Die Berichtigung dieser Fälle soll in der vorliegenden Abhandlung versucht werden.

Zu diesem Zwecke erscheint es vor allem nöthig, furtum und Diebstahl je für sich klar zu entwickeln. Es wird sich ergeben, dass das furtum in einem innigen Zusammenhange

steht mit dem gesammten sachenrechtlichen System der römischen Jurisprudenz, während der deutsche Diebstahl nur auf einen Zusammenhang mit der Theorie des Eigenthums beschränkt ist. Durch scharfe Betonung dieses Gegensatzes werden sich die genauen Grenzen beider Begriffe gegen einander bestimmen, sowie die streitigen und unklaren Punkte entscheiden lassen.

A. Furtum.

I. Historische Entwickelung des römischen furtum.

§ 2.

Der Begriff des römischen furtum scheint eine tiefgreifende geschichtliche Entwickelung erfahren zu haben. Ein Ueberblick über dieselbe ergibt, dass das furtum von dem Punkte ausgegangen ist, bei dem der deutsche Diebstahl nach einem langen Entwickelungsgange erst anlangte. Nach den vorliegenden, nicht sehr ausgiebigen Quellen lassen sich drei Entwickelungsphasen unterscheiden.

In der ersten Phase, welche in dem Gesetze der XII tab. fixirt ist, hatte das Wort furtum anscheinend einen Umfang, der demjenigen unseres heutigen deutschen Diebstahls in der Hauptsache entspricht. Es bedeutete die Wegnahme einer fremden Sache aus dem Gewahrsam eines Andern in Aneignungsabsicht. Die beiden entscheidenden Momente sind die „fremde“ Sache, und die „Wegnahme“ aus dem Gewahrsam eines Andern. Auf eine derartige Bedeutung deutet zunächst die Ableitung des Wortes fur = Dieb, von ferre = wegnehmen, wegtragen, des griechischen gleichbedeutenden Wortes φώρ von φέρειν = wegtragen, wegbringen, hin. Diese Ableitung ist von den dreien, welche l. 1 pr. D. (47. 2) angibt,

allein haltbar, und gerade deshalb annehmbar, weil sie sich mit dieser ältesten Bedeutung des furtum vereinigen lässt. Darauf deutet ferner die von den XII tab. gegebene Eintheilung in furtum manifestum und nec manifestum hin, die offenbar nur berechnet war für solche Fälle des spätern furtum, welche mit unserm Diebstahl zusammenfallen. Ebenso lassen sich das furtum conceptum, oblatum, prohibitum und nec exhibitum nur verstehen, wenn man von einem solchen engern Umfang des Begriffes ausgeht. Die Vorschrift der XII tab., dass res furtivae der Usucapion nicht unterliegen sollen, ist nur mit einem solchen engern Begriff zu verbinden, da sie nicht zur Anwendung kommt, „wenn der Eigenthümer selbst den Diebstahl an der Sache (z. B. gegen den Pfandgläubiger, den Usufructuar) begeht", Puchta, Pand. § 158. Diesen ältesten Begriff des furtum hat Masurius Sabinus noch, dessen Definitionen Aulus Gellius in seinen Noct. Att. XI, 18 § 20. 21 uns aufbewahrt hat: „Verba sunt Sabini ex libro iuris civilis secundo: Qui alienam rem attrectavit, cum id se invito domino facere iudicare deberet, furti tenetur. Item alio capite: Qui alienum tacens lucri faciendi gratia sustulit, furti obstringitur." Gaius III, 195 ist sich dieses ältesten Begriffes noch augenscheinlich bewust, wenn er nach Besprechung des furtum manifestum und nec manifestum zu weitern Fällen des furtum mit folgender Redewendung übergeht: „Furtum autem fit non solum, cum quis intercipiendi causa rem alienam amovet, set generaliter, cum quis alienam rem domino contrectat." Er unterscheidet also amotio, die den ältesten Begriff darstellt, und contrectatio.

Letzterer Begriff: contrectatio rei alienae bezeichnet die zweite Entwickelungsphase. Er umfasst ausser den Fällen des deutschen Diebstahls auch schon die Fälle der deutschen Unterschlagung, und ausserdem die meisten Fälle des furtum usus und des sog. furtum possessionis. Diesen

Begriff haben die Stellen bei Gaius III, 195*), und Paulus, Rec. Sent. II, 31 § 1. Unter diesen Begriff fällt das furtum rei suae noch nicht, da das Moment „rei alienae" bei demselben nicht zutrifft. So wirklich Paulus, Rec. Sent. II, 31 § 1: „rei enim nostrae furtum facere non possumus." Gaius jedoch deutet schon den Uebergang zur dritten Phase an, die das furtum fasst als „contrectatio rei", ohne Rücksicht, ob diese res eine sua oder eine aliena ist. Er sagt nämlich III, 200: „aliquando etiam suae rei quisque furtum committit", obschon diese Behauptung seiner Definition als „contrectatio rei alienae" durchaus widerspricht.

Die dritte Phase endlich, in der das furtum als contrectatio rei (ohne den Zusatz „alienae") erscheint, und daher das furtum rei suae mit umfasst, finden wir im C. J. Civ., speciell in § 1 J. (4. 1) und l. 1 § 3 D. (47. 2), wenn auch noch nicht zur vollen und folgerichtigen Durchführung gebracht.

Man wird nicht fehl gehen, diese Entwickelung des furtum in Zusammenhang zu bringen mit der Entwickelung der römischen Jurisprudenz selbst. So wie diese ihr sachenrechtliches System durch Ausbildung der Lehre von den dinglichen Rechten an fremden Sachen allmälig vervollständigt, musste sie mit der Ausbildung des furtum in gleichem Schritte folgen, so dass wir im C. J. Civ. das furtum mit dem sachenrechtlichen System in unverkennbar organischem Einklang sehen. Der folgende Abschnitt wird dies darzuthun versuchen.

Diese geschichtliche Entwickelung war noch nicht vollkommen zum Abschluss gelangt, als Justinian sein Gesetzbuch zusammenstellen liess. Im C. J. Civ. findet sich daher

*) Aus Gaius III, 195 ist dieser Begriff in die Stelle § 6 J. (4. 1) übergegangen, die durchaus auf dem Standpunkt der zweiten Phase steht. Dagegen § 1 J. (4. 1) zeigt schon die letzte Phase.

der Begriff des furtum noch nicht völlig abgeklärt. In dem C. J. Civ. sind viele Thatbestände als furtum bezeichnet, auf welche die Legal-Definition keineswegs passt, und welche sich auch nicht mit dem System des furtum reimen lassen, dessen Aufstellung sogleich versucht werden wird. Der Auslegung bleibt daher die Aufgabe, aus dem Sinne der einzelnen Sätze heraus den Grundgedanken des gesammten Rechtsinstitutes heraus zu schälen, und auf Grund dieses Grundgedankens die einzelnen Anwendungsfälle des C. J. Civ. zu beurtheilen.

II. Das furtum des C. J. C.

§ 3.

Zur Erkenntniss des furtum bietet sich einestheils die Definition in l. 1 § 3 D. (47. 2):

„furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia (vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve)“;

anderestheils die zahlreichen Fälle, in denen die Quellen die actio furti geben. An diese actio knüpft sich eine reiche Kasuistik an, die viel ergiebiger für den vorliegenden Zweck ist, als die eben angeführte Definition. Diese Anwendungsfälle des Begriffes in der actio furti sind daher vor allem heranzuziehen.

Zwei Fragen sind demgemäss zu beantworten:

1. Welche Rechte sind es, deren Verletzung das r. R. als furtum ansieht?
2. In welcher Weise müssen diese Rechte verletzt sein, um die actio furti zu erzeugen?

Zunächst soll die erste Frage erledigt werden.

In Anlehnung an die oben angeführte Legal-Definition unterscheidet die herrschende Lehre ein furtum rei ipsius, ein furtum usus und ein furtum possessionis. Doch möchten die Worte „vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionis ve" nicht in der Weise aufzufassen sein, als ob durch dieselben eine sreng formale Eintheilung des Begriffes furtum gegeben werden soll. Auch möchten dieselben nicht als zur Definition des furtum gehörig zu betrachten sein, weshalb sie oben in Klammern erscheinen. Der Verfasser jener Stelle hat nur zum leichtern Verständniss seiner sehr abstract abgefassten Definition sofort einige einschlägige Fälle nahe legen wollen, ohne auf juristische Präcision zunächst allzugrossen Werth zu legen. Das zeigt sich sofort bei einer Untersuchung des Begriffes furtum possessionis, die viele Bedenken gegen denselben ergibt.

§ 4.

1. Gibt es ein furtum possessionis?

Wenn man das furtum possessionis seinem Wortsinn nach nimmt, so würde in den betreffenden Fällen ein actio furti gegeben zum Schutze der possessio. Das wäre darum auffallend, weil für den Besitzschutz im r. R. schon anderswie ausreichend gesorgt ist. Es läge dann Concurrenz mehrerer Rechtsmittel vor, und dafür müsste ein Grund ersichtlich sein.

Ferner: Der Schutz des Besitzes als eines thatsächlichen Zustandes ist etwas ganz Aussergewöhnliches, ganz anders zu Beurtheilendes, als der Schutz von Rechten, wie Eigenthum und dingliche Rechte, da bei ihm ja von der materiellen Berechtigung des Besitzes abgesehen wird. Gäbe es ein furtum possessionis neben dem furtum rei und furtum usus, so wäre in dieser Beziehung der Schutz des Besitzes auf dieselbe Linie gestellt mit dem Schutz von Rechten,

was bei den verschiedenen Gesichtspunkten, welche dem Schutze des Besitzes und dem Schutze von Rechten zu Grunde liegen, ebenfalls einer besondern Erklärung bedürfte.

Dazu kommt noch, dass der Besitz nicht nur privatrechtlich durch possessorische Interdicte, sondern auch strafrechtlich schon geschützt ist durch die l. 7 C. (8, 4) aus dem Jahre 389, welche den Eigenthümer einer Sache mit Strafe belegt, der dem Besitzer seiner Sache den Besitz eigenmächtig entzieht, und ebenso denjenigen „qui alienarum rerum possessionem invasit". Zu bemerken ist, dass diese Stelle den Ausdruck furtum possessionis nicht gebraucht, der, wenn er recipirt gewesen wäre, doch sehr nahe gelegen hätte, sondern nur spricht von „possessionem invadere".

Der Ausdruck furtum possessionis als Gegensatz zum furtum rei und furtum usus hätte nur dann Bedeutung, wenn er auf solche Fälle bezogen würde, in denen nichts anderes als die possessio entzogen wird, abgesehen von den an der Sache bestehenden Rechten. Denn auch beim furtum rei und usus wird der Besitz der Sache entzogen, ohne dass man darum hier die Besitzentziehung neben der Rechtsverletzung besonders betonte. Ja, man muss sogar sagen, dass auch beim furtum rei n u r der Besitz entzogen wird, da es doch nicht in des Diebes Hand steht, ein Recht zu entziehen. Er hann höchstens die Ausübung eines Rechtes unmöglich machen. Das Recht selbst bleibt seiner Materie nach intact. Trotzdem wird das furtum rei immer nur als ein Vergehen gegen das Recht an der Sache aufgefasst, und mit gutem Grund. Denn es ist beim furtum nicht nöthig, die beiden Instanzen des Besitz- und Rechtsschutzes zu berücksichtigen. Bei der Frage nach dem civilen Recht ist das von praktischen Rücksichten geboten, aber bei der strafrechtlichen Frage würde es eine störende Weitläufigkeit herbeiführen.

Demgemäss dürfte zum furtum possessionis nur der Fall gerechnet werden, wenn der Depositar oder Pfandgläubiger

die ihm übergebene Sache sich aneignet, also eigenmächtig seine Detention in juristischen Besitz verwandelt. Von dieser Anschauung ausgehend, bezeichnen Theophilus, paraphr. IV, 1. § 1. und nach ihm Feuerbach u. a. (cf. Klien S. 121) nur diese Fälle als furtum possessionis. Aber da die betreffenden Fälle in den Quellen nicht undeutlich als furtum rei aufgefasst werden, so ist diese Ansicht heute allgemein verworfen. Ausserdem dürfte man den Fall der l. 20 § 1 D. h. t. hierhin rechnen, der jedoch unten als ein durchaus anormaler Fall nachgewiesen wird. Nach dieser Stelle begeht der Eigenthümer ein furtum, wenn er dem bonae fidei possessor seiner Sache dieselbe entzieht.

Die herrschende Doctrin kennt ganz andere Fälle des furtum possessionis. Nach ihr soll sich eines solchen schuldig machen *)

„1) der Eigenthümer einer verpfändeten Sache, welcher das dem Gläubiger übergebene Pfandstück aus dessen Gewahrsam entzieht, oder auch nur die durch Vertrag verpfändete, jedoch nicht übergebene Sache heimlich verkauft. l. 19 § 5, l. 66 pr. D. (47. 2) — § 14 J. (4. 1);

2) der Eigenthümer, welcher die dem Niessbrauch eines Dritten unterworfene oder von selbigem bona fide besessene Sache ergreift. l. 15 § 1, l. 20 § 1, l. 53 § 4 D. h. t.;

3) der Eigenthümer, welcher seine einem andern geliehene Sache dem Commodatar heimlich wegnimmt, ohngeachtet dieser wegen darauf verwendeter, zum Ersatz geeigneter

*) Die folgende Aufstellung ist gegeben nach Klien, S. 126, der am ausführlichsten in dieser Sache sich ausspricht. Uebrigens sind die Fälle und Belegstellen überall im Wesentlichen dieselben, cf. Unterholzner S. 676, Windscheidt S. 691 Note 10, Köstlin S. 203, Hälschner S. 393.

Kosten ein Retentionsrecht daran hat. l. 15 § 2, l. 59 D. h. t. — l. 16 de cond. furt. D. (13. 1)".

Die erste Frage, die sich aufdrängt, ist die, ob einer dieser Fälle von den Quellen selbst ausdrücklich als furtum possessionis bezeichnet wird.

Diese Frage ist zu verneinen.

Der Ausdruck furtum possessionis kommt in dem ganzen tit. D. de furtis (47. 2) nicht ein einziges Mal vor. Dieser Ausdruck findet sich in den gesammten Quellen überhaupt nur ein Mal, nämlich in l. 15 D. (47. 4). In dieser Stelle handelt es sich keineswegs um einen der oben als furtum possessionis bezeichneten Fälle, sondern um eine allgemeine Auffassung des Wesens des furtum. Nach derselben versuchte der Jurist Scaevola die auffallende Thatsache zu erklären, dass eine gegen eine hereditas iacens begangene Entwendung kein furtum, sondern ein ganz selbständig behandeltes Vergehen, ein crimen expilatae hereditatis ist. Er findet den Grund darin, dass die hereditas iacens an den Erbschaftssachen keine possessio habe. Damit dieser Grund genüge, setzt er das Wesen des furtum in die Besitzentziehung, und folgert dann: Da zu einem furtum Besitzentziehung nothwendig ist, an res hereditariae aber kein Besitz besteht, so ist ein furtum an solchen Sachen nicht möglich nach dem Begriffe des furtum. Ulpian aber verwirft diese ganze Argumentation, indem er ausführt, dass auch der Erbe, der angetreten, keine possessio habe, ehe er förmlich den Besitz erlangt habe, während doch eine Entwendung von Erbschaftssachen nach dem Antritt des Erben wohl furtum sei. Folglich könne das Wesen des furtum nicht in der Besitzentziehung gefunden werden, weil es ein furtum an Sachen gebe, an denen keine possessio bestehe. Die Stelle ist von Ulpian und lautet: „Scaevola ait, possessionis furtum fieri; denique si nullus sit possessor, furtum negat fieri: idcirco autem hereditati furtum non fieri, quia possessionem

hereditas non habet, quae facti est et animi. Sed nec heredis est possessio antequam possideat, quia hereditas in eum id tantum transfundit quod est hereditatis, non autem fuit possessio hereditatis.“ Ulpian also verwirft die ganze Auffassung des Scaevola, und behauptet, das Wesen des furtum könne nicht in der Besitzentziehung liegen.

Von einem furtum possessionis scheint auch zu reden Gellius, Noct. Att. XI. 18, § 12: „Condempnatum quoque furti colonum, qui fundo quem conduxerat vendito, possessione eius dominum intervertisset.“ Einmal bezieht sich diese Stelle lediglich auf furtum an Grundstücken, das in der spätern römischen Jurisprudenz ganz aufgegeben ist. Dann kann man auch von einem nichtjuristischen Schriftsteller keine allzu grosse Genauigkeit der Ausdrucksweise in dieser entlegenen und schwierigen Lehre erwarten, so dass es gewagt wäre, auf einen Ausdruck von ihm eine Lehre zu bauen, welche die Juristen nicht kennen. Schliesslich bezeichnet Gellius selbst diese Ansicht als „inopinabile“.

Obschon somit diese Stellen zwar keinen Anlass geben, ein furtum possessionis anzunehmen, so beweisen sie doch, dass dieser Begriff in der römischen Jurisprudenz aufgestellt war und discutirt wurde. Wenn nun im ganzen tit. D. de furtis dieser Ausdruck nicht vorkommt, so darf man annehmen, dass er mit Absicht vermieden ist, dass er eliminirt wurde, weil man seine Berechtigung nicht anerkannte.

Die Aufstellung des Begriffes furtum possessionis in der neuern Jurisprudenz scheint lediglich veranlasst worden zu sein durch die Legal-Definition. Mag man nun das in derselben vorkommende „possessionisve“ mit Dollmann S. 8 auf „lucri faciendi gratia“, oder mit Wächter auf „contrectatio rei“ beziehen; jedenfalls wird man der Beweisführung Dollmann's (zustimmend Wächter S. 358) beipflichten, dass die römischen Juristen das furtum possessionis als einen technischen Ausdruck, als eine Kategorie nicht aufgefasst

haben. Dann aber muss man fragen, ob es berechtigt ist, dass die neuere Jurisprudenz diese Kategorie aufstellt und ihr bestimmte Fälle unterordnet.

Sollte sich nun zeigen lassen, dass es in den für das furtum possessionis angeführten Belegstellen keineswegs die Verletzung der possessio ist, welche den Thatbestand des furtum ausmacht; dass überhaupt wegen blosser Verletzung der possessio niemals die actio furti gegeben wurde, so würde man befugt sein, die von den heutigen Juristen*) festgehaltene Kategorie des furtum possessionis zu verwerfen.

Ehe jedoch diese Untersuchungen mit Erfolg begonnen werden können, muss erst klargestellt sein, ob unter possessio hier ausser dem juristischen Besitz auch der bloss natürliche Besitz, die Detention, zu verstehen sei.

Zur Bejahung dieser Frage könnte man anführen, dass der commodatarius und der fullo (Färber), denen beiden ja lediglich Detention zusteht, die actio furti haben, wenn ihnen die geliehene oder zum Färben anvertraute Sache von einem Dritten entwendet wird. l. 12 pr. D. h. t. Aber sie haben die Klage nur „si solvendo sunt", mit andern Worten, weil der Eigenthümer der Sache sich an sie halten kann mit der actio commodati etc., und nur, so weit dieser Anspruch praktisch zu verwirklichen ist. Sind sie insolvent, so dass der Anspruch des Eigenthümers unrealisirbar gegen sie ist, so haben sie die Klage nicht. Das zeigt klar, dass jene Klage des commodatarius und fullo keine selbständige Klage auf Grund der Detention, sondern eine vom Eigenthümer abgeleitete Klage ist. Wäre sie eine selbständige Klage zum Schutze der Detention, so müssten der commodatarius und

*) Von den angeführten Autoren lässt nur Sintenis S. 738 das furtum possessionis aus der Definition des furtum heraus, jedoch ohne weitere Motivirung.

fullo sie in jedem Falle haben, nicht nur „si solvendo sunt“. Das furtum ist hier gegen das Eigenthum begangen und darum steht dem Eigenthümer die Klage in jedem Falle zu. Der Commodatarius darf diese Klage nur anstellen, sofern er ein Interesse an der Wiedererlangung der Sache hat, und zwar auf Grund der römischen Bestimmung, dass die actio furti stets derjenige anstellen kann „cuius interest, rem salvam esse“. § 13 J. (4. 1). Demgemäss muss man unterscheiden, wann und gegen wen ein furtum vorliegt, und wem die Klage zusteht, wenn ein furtum feststeht. Eine merkwürdige Beleuchtung erhält diese Auffassung durch einen Streit der römischen Juristen, über den l. 22 § 1 C. (6. 2) berichtet. Dieselben stritten, ob der zur Zeit des furtum solvente commodatarius die Klage verlöre, wenn er später insolvent würde. Justinian beseitigte diese Streitfrage durch die Bestimmung, dass der commodatarius die Klage nur haben sollte, wenn er schon mit der actio commodati belangt sei. Diese Bestimmung bestärkt noch den Beweis, dass die actio furti keine Klage zum Schutze der Detention sein kann.

Der Commodatarius hat die actio furti in eigenem Namen nur in einem einzigen Falle, wenn er „ob aliquas impensas quas in rem commodatam fecit, retentionem eius habet“. l. 15 § 2 D. h. t. Er hat die Klage in diesem Falle, weil er wegen der impensae die Sache „quasi pignoris loco“ hat. l. 15 i. f. l. c. Beachtet man nun, dass das Retentionsrecht nichts als ein unentwickeltes Pfandrecht, ein „quasi pignus“ ist, so erkennt man, dass diese actio furti des commodatarius wegen seines Retentionsrechtes auf demselben Gedanken beruht, wie die actio furti des Pfandgläubigers, dem die verpfändete Sache entwendet wird. Darüber s. in § 5.

Im Uebrigen bieten die Quellen keine Angaben, dass die actio furti auch zum Schutz der Detention gegeben wurde.

Aber auch die Verletzung eines juristischen Besitzes, soweit derselbe sich nicht

stützt auf ein Eigenthum oder dingliches Recht, begründet nicht die actio furti.

Man vergleiche z. B. l. 12 § 1 D. h. t. „sed furti actio malae fidei possessori non datur, quamvis interest eius, rem non subripi, quippe cum res periculo eius sit." Ebenso l. 14 § 4 l. c. „in omnium furum persona constitutum est, ne eius rei nomine furti agere possint, cuius ipsi fures sint". Warum hat aber denn der malae fidei possessor keine Klage, wenn es ein furtum possessionis gibt? Er hat doch juristischen Besitz. Der Grund, den die l. 12 § 1 hinzufügt: „sed nemo de improbitate sua consequitur actionem" erklärt nur, warum dem malae fidei possessor nicht ebenfalls, wie dem commodatarius und fullo, eine vom Eigenthümer der Sache abgeleitete Klage gegeben wird. Für das Wesen des furtum möchte ihm keine Bedeutung beizumessen sein, da er auf rein moralischen Erwägungen beruht, nach denen doch sonst die römischen Juristen das Wesen eines Rechts-Institutes nicht zu bestimmen pflegen. In ein noch eigenthümlicheres Licht wird jener Grund gestellt durch die folgenden Worte: „et ideo soli bonae fidei possessori, non etiam malae fidei, furti actio datur". Denn diese Antithese ist falsch! Der bonae fidei possessor hat keine actio furti auf Grund seines Besitzes; sonst müsste er sie auch haben dem Eigenthümer der Sache gegenüber. Wenn die b. f. possessio dem dominium gegenüber auch weichen muss, so wird der b. f. possessor doch, sobald es sich nur um den juristischen Besitz handelt, selbst dem Eigenthümer gegenüber geschützt. Er hat aber trotz seines juristischen Besitzes keine actio furti gegen den Eigenthümer; cf. l. 54 § 4 D. h. t. „Si ex donatione alterius rem meam teneas et eam subripiam, ita demum furti te agere mecum posse Julianus ait, si intersit tua retinere possessionem, velut si hominem donatum noxali iudicio defendisti, vel aegrum curavisti, ut adversus vindicantem iustam retentionem habiturus sis."

Nach dieser Stelle hat also der b. f. possessor keine actio furti gegen den Eigenthümer, ausser in dem Falle, dass er ein selbständiges Retentionsrecht an der Sache erworben hat. Folglich ist nicht die b. f. possessio der Grund seiner Klage, sondern das Retentionsrecht, das „quasi pignoris loco“ ist. Man beachte nun: die b. f. possessio ist ein relatives dingliches Recht. Sie ist ein Recht allen Dritten gegenüber ausser dem Eigenthümer. Wenn daher ein Dritter die b. f. possessio entzieht, so liegt ein furtum vor, § 15 J. (4. 1). Wenn aber der Eigenthümer der Sache, dem gegenüber die b. f. possessio kein Recht ist, die Sache wegnimmt, so liegt kein furtum vor. Ferner: so weit der b. f. possessor ein Retentionsrecht hat, das als absolutes Recht Allen, auch dem Eigenthümer der Sache gegenüber gilt, hat er um dessen willen die actio furti auch gegen den Eigenthümer. Es zeigt sich also deutlich, dass der juristische Besitz und sogar die b. f. possessio als solche niemals als Klage-Fundament dient, sondern die dingliche (resp. quasi-dingliche) Berechtigung, die hinter denselben steht, und soweit sie hinter denselben steht.

Eine treffende Bestätigung dieses Satzes lieferte die Bestimmung der l. 72 § 1 D. h. t.: „Eius rei, quae pro herede possidetur, furti actio ad possessorem non pertinet.“ Also der possessor pro herede kann nicht die actio furti anstellen, wenn ihm die pro herede besessene Sache weggenommen wird, obwohl sein juristischer Besitz ausser Zweifel steht. Auch dieser Fall spricht gegen die Bedeutung der possessio als allgemeines Klagefundament für die actio furti.

Auf Grund obiger Ausführungen möchte die Kategorie des furtum possessionis ganz aufzugeben sein. Dieselbe war den Römern unbekannt. Sie ist weder wissenschaftlich gerechtfertigt noch praktisch verwerthbar, vielmehr geradezu geeignet, das Wesen des furtum zu verdunkeln, wie sich unten näher finden wird.

§ 5.

2. Wie sind diejenigen Fälle aufzufassen, welche die herrschende Doctrin als furtum possessionis bezeichnet?

Diese Fälle sind sämmtlich solche, in denen der Besitzer die Sache besitzt auf Grund eines dinglichen Rechtes, eines usus, ususfructus, pignus oder Retentionsrechtes, das hier als quasi pignus — cf. l. 15 § 2 D. h. t. — den dinglichen Rechten analog behandelt wird. In diesen Fällen wird das furtum nicht begangen durch Entziehung des Besitzes, sondern durch Verletzung des dinglichen Rechtes. Dieser Schluss ist unabweisbar, nachdem oben nachgewiesen wurde, dass die Verletzung der possessio kein furtum begründet.

Es ist daher die Bezeichnung furtum usus, obwohl dieser Ausdruck in den Quellen ebenfalls vergeblich gesucht wird, eine klare und wohlverständliche. Die einzelnen Fälle, welche diese Bezeichnung begreift, werden unten aufgestellt werden. Hierhin ist der von Klien unter 2) (s. o.) als furtum possessionis angeführten Fall zu stellen: „wenn der Eigenthümer die dem Niessbrauch eines Dritten unterworfene Sache ergreift.“

Unter derselben Nummer 2) führt Klien auch den Fall an „wenn der Eigenthümer die von einem Dritten bona fide besessene Sache ergreift“. Doch wurde oben schon auf Grund der l. 54 § 4 D. h. t. gezeigt, dass in diesem Falle nur ein furtum vorliegt, wenn der b. f possessor ein Retentionsrecht hat. — Ueber die zweite Belegstelle, l. 20 § 1 D. h. t., welche Klien anführt, vgl. unten § 6.

Es bleiben zunächst die Fälle unter 1) bei Klien: Ein furtum possessionis soll begehen „der Eigenthümer einer verpfändeten Sache, welcher das dem Schuldner übergebene Pfandstück aus dessen Gewahrsam entzieht oder auch nur die durch einen Vertrag verpfändete, aber nicht übergebene

Sache heimlich verkauft." Was zunächst den letztern der beiden Fälle*) angeht, so muss man sich füglich wundern, wie hier Jemand ein furtum possessionis finden kann. Wessen possessio soll denn verletzt sein? Der Pfandgläubiger hat ein dingliches Recht an der Sache; so lange aber die Sache ihm nicht tradirt ist, hat er doch keine possessio. Diese hat in diesem Falle nur der Pfandschuldner, und der kann doch kein furtum an seiner eigenen possessio begehen.

Der andere Fall ist der, wo der Pfandschuldner dem Faustpfandgläubiger das Faustpfand heimlich entzieht. Aber ist es denn in diesem Falle der Besitz, der als Klagefundament für die actio furti dient? Man wird vielmehr sagen müssen, dass es das Pfandrecht ist. Der Besitz an sich kann dem Faustpfandgläubiger gleichgültig sein. Es kommt ihm nur darauf an, die Ausübung des Pfandrechtes zu sichern. Entzieht ihm nun der Faustpfandgläubiger die Sache, so ist das Wesentliche nicht die Besitzentziehung, sondern die Vereitelung der Ausübung des Pfandrechtes. Es liegt also nicht ein furtum possessionis, sondern — um einen dem furtum usus analogen Namen vorzuschlagen — ein furtum pignoris. Fasst man das Verhältniss so auf, so ist auch der vorige Fall, wo der Eigenthümer die nicht tradirte Pfandsache heimlich verkauft, leicht zu erklären: er ist ein furtum gegen das vertragsmässige Pfandrecht des Pfandgläubigers. Dieser Fall enthält einen directen Zwang, ein furtum pignoris anzunehmen. Alsdann erscheint auch die Zusammenstellung beider Fälle erklärlich, welche unter dem Gesichtspunkt einer gemeinsamen Verschuldung gegen ein Pfandrecht, ein Faustpfand und ein bloss vertragsmässiges Pfandrecht, ganz gerechtfertigt ist.

---

*) welchen auch andere Schriftsteller, z. B. Köstlin S. 203, Hälschner S. 392 als Beispiel des furtum possessionis anführen, während die meisten ihn übergehen.

Als ein furtum pignoris muss man auch den Fall unter 3) bei Klien erklären: wenn der Eigenthümer dem Commodatar die geliehene Sache wegnimmt, ungeachtet eines dem Commodatar zustehenden Retentionsrechtes. Dieses Retentionsrecht wird von den Quellen selbst als „quasi pignus" — l. 15 § 2 D. h. t. — bezeichnet. Dieselben stellen das Retentionsrecht hier dem dinglichen Pfandrecht an die Seite und behandeln es geradezu als dinglich. Man dürfte diesen Fall furtum retentionis bezeichnen. Da jedoch keine andern Gesichtspunkte massgebend sind, als beim furtum pignoris, so ist es besser, denselben unter letzterm Namen mit einzuschliessen.

3. Entwickelung des Begriffes furtum in seinem Zusammenhang mit dem sachenrechtlichen System des r. R.

§ 6.

a) Welche Rechte sind es, deren Verletzung das furtum voraussetzt?

Nachdem so versucht worden ist, die Existenzberechtigung der Kategorie furtum possessionis zu widerlegen; nachdem die Kategorie furtum usus als berechtigt angenommen; nachdem eine Kategorie furtum pignoris aufgestellt worden ist, kann der Versuch gemacht werden, aus diesen Bausteinen ein Gebäude zu errichten, das alle Fälle des furtum in sich aufnehmen kann; mit andern Worten, ein Schema für den objectiven Thatbestand des furtum aufzustellen.

Dieses Schema möchte so zu formuliren sein:

Den objectiven Thatbestand des furtum bildet ein Vergreifen an einer beweglichen*) Sache in

*) Die Legal-Definition verlangt zwar nicht ausdrücklich eine bewegliche Sache; doch wurde dieses Requisit unter allgemeiner Zustimmung unterlegt: l. 25 pr. D. (47. 2) — l. 38 D. (41. 3).

Beziehung auf das Eigenthum oder auf ein dingliches Recht an derselben.

Ein furtum wird also begangen:

wenn ich mir ein Eigenthum an einer fremden Sache anmasse;

wenn ich mir ein nicht bestehendes dingliches Recht an einer fremden Sache anmasse; oder

wenn ich ein bestehendes dingliches Recht an der Sache dem berechtigten Detentor entziehe. Dieses letztern Vergehens kann sich auch der Eigenthümer der Sache gegenüber einem dinglichen Recht an seiner eigenen Sache schuldig machen: furtum rei suae. Dieses ist keineswegs eine besondere Kategorie, sondern nur eine besonders auffallende Form des furtum usus und pignoris.

Zur Vertheidigung dieser Rubriken ist zweierlei zu beweisen: a) dass sämmtliche Fälle derselben von den Quellen als furtum bezeichnet werden; b) dass diejenigen Fälle, welche in den Quellen als furtum bezeichnet werden, aber nicht unter diese Rubriken fallen, anomale Fälle sind.

Den Beweis ad a) liefert folgende Aufstellung:

1. Furtum rei. Dieses wird begangen durch Anmassung des Eigenthums an einer fremden Sache, welche ich

a) aus fremdem Gewahrsam wegnehme: § 6 J. (4. 1) und zahlreiche andere Stellen. Dies ist der Fall des deutschen Diebstahls;

b) vorher schon in meiner Detention hatte: l. 68 pr.; l. 74 D. h. t. — l. 7, l. 16 C. (6. 2). Dies ist der Fall der deutschen Unterschlagung.

Einige ältere Juristen, besonders Sabinus, hatten auch bei unbeweglichen Sachen ein furtum zulassen wollen. Diese Ansicht hatte auch in die Praxis Eingang gefunden, wurde aber später verworfen. Gellius, Noct. Att. XI. 18.

Hierhin gehört auch die Entziehung des Usucapionsbesitzes durch alle Dritte ausser dem Eigenthümer der Sache: § 15 J. (4. 1).

2. Furtum usus. Dieses wird begangen

a) durch Anmassung eines usus an einer fremden Sache, welche ich zu diesem Zwecke aus fremdem Gewahrsam wegnehme: l. 52 § 20 D. h. t. — l. 14 D. (13. 6);

b) durch Anmassung eines usus an einer fremden Sache, welche ich vorher schon in meiner Detention hatte: § 6. 7 J. (4. 1) — l. 40. 48 § 4. 83 pr. D. h. t. — Gaius III. 196 — Gellius Noct. Att. VII. 15 — Paulus, Rec. Sent. II, 31 § 29;

c) durch Entziehung eines an der Sache bestehenden usus durch Entziehung des Sachbesitzes,

aa) durch einen Dritten: l. 46 § 1. 70 D. h. t.,

bb) durch den Eigenthümer der Sache: l. 15 § 1 D. h. t. Dies ist der eine Fall des furtum rei suae;

d) durch Entziehung eines an der Sache vertragsmässig bestellten usus durch heimlichen Verkauf seitens des Eigenthümers, der die Sache noch nicht tradirt hatte. Belegstellen für diesen Fall finden sich nicht in den Quellen. Doch entscheidet die Analogie des furtum pignoris in l. 67 pr. D. h. t.

Hierhin gehören auch alle Arten der Entziehung eines ususfructus, die sich auflösen in ein furtum usus an der Sache selbst und ein furtum rei an den Früchten.

3. Furtum pignoris. Dieses wird verübt

a) durch Anmassung eines pignus an einer fremden Sache, die ich zu diesem Zwecke der Detention eines Andern entziehe;

b) durch Anmassung eines pignus an einer fremden Sache, die ich vorher schon in meiner Detention hatte. Für beide Fälle enthalten die Quellen keine Belegstelle. Und ganz natürlich. Denn diese Fälle können niemals furtum

sein, weil das weitere Requisit des animus lucri nicht zutrifft. Wer eine fremde Sache als Pfand für seine Forderung benutzt, will nur auf unrechtmässige Weise zu dem ihm Gebührenden kommen, nicht aber einen Gewinn machen. Die Fälle sind hier nur aufgezählt der Vollständigkeit des Systems halber;

c) durch Entziehung eines an der Sache bestehenden pignus durch Entziehung des Sachbesitzes,

aa) durch einen Dritten: § 14 J. (4. 1) — l. 12 § 2. 46 § 4. 69 D. h. t. — Gaius III, 208.

bb) durch den Eigenthümer der Sache: § 10. 14 J. (4. 1) — 19 § 5. 20. 80. D. h. t. Dieses ist der andere Fall des furtum rei suae;

d) durch Entziehung eines an der Sache vertragsmässig bestellten pignus durch heimlichen Verkauf seitens des Eigenthümers, der die Pfandsache nicht tradirt hatte: l. 19 § 6, l. 67 pr. D. h. t. Dieser Fall ist weniger ein furtum pignoris als ein furtum hypothekae.

Hierhin gehört auch die Entziehung eines Retentionsrecht: l. 15 § 2 D. h. t. Die Quellen enthalten nur Fälle des furtum gegen ein Retentionsrecht aus connexen Gegenforderungen. Doch darf man daraus wohl ein Princip ableiten, und demgemäss das furtum ausdehnen auf Entziehung der andern Retentionsrechte, welche das r. R. kennt, z. B. aus dem beneficium Gordianum.

Der Begriff des furtum, wie er bisher entwickelt wurde, ist im Allgemeinen von den Quellen consequent festgehalten. Doch finden sich einige anomale Fälle, welche demselben nicht entsprechen und unter keine der obigen Rubriken unterzuordnen sind. Es sind nämlich von den Römern, wie Wächter S. 355 bemerkt, welche das praktische Bedürfniss bei dem engen Strafensystem dazu nöthigte, viele mehr oder minder verwandte Fälle zum furtum gezogen worden, die aber gerade deshalb von der heutigen Kritik als anomal

wieder auszuscheiden sind. Diese Fälle sind: l. 27 § 3 D. h. t. „Sed si quis non amovit huiusmodi instrumenta (sc. Schuldurkunden) sed interlevit, furti actio locum habet.“ In diesem Falle liegt nur Sachbeschädigung vor, allerdings eine durch den animus lucri faciendi eigenthümlich modificirte. Dann l. 67 § 2 l. c. „Eum qui mulionem dolo malo in ius vocasset, si interea mulae perissent, furti teneri veteres responderunt.“ Dass dieser Fall ein äusserst anomaler ist, bedarf keiner weitern Ausführung. Ferner l. 14 § 13. 68 § 2 D. h. t. — § 9 J. (4. 1) — Gaius III, 199: Diese Fragmente sprechen von einem furtum an liberi in potestate und uxores in manu. Hier wird kein Sachenrecht entzogen, sondern ein Familienrecht, dessen ethische Bedeutung allerdings lange vor der ökonomischen zurücktreten musste. Mit der Definition des furtum als contrectatio rei ist dieser Fall daher nicht zu vereinigen. Wie sollte auch das duplum oder quadruplum der Strafe berechnet werden? Wie hoch ist das Geldinteresse des Vaters daran, dass seine Kinder nicht in Sklaverei gerathen? Offenbar unschätzbar „pro libertate pretii computatio nulla intervenit“ sagt Gaius II, 265. Aehnlich ist die Stelle des Paulus, Rec. Sent. II, 31. 12, wo er von einem furtum an einer freien meretrix „libidinis causa“ spricht. Die meretrix wird hier gleichzeitig gestohlen und bestohlen.

Sogar eine Stelle findet sich, wo der Eigenthümer ein furtum begehen soll, wenn er seine eigene Sache dem bonae fidei possessor entzieht: l 20 § 1 D. h. t. Diese Stelle macht grosse Schwierigkeit. Gäbe es ein furtum possessionis, so wäre die Erklärung leicht: die Stelle enthielt unzweifelhaft ein furtum possessionis. Nachdem diese Kategorie widerlegt ist, könnte man an ein furtum gegen die bonae fidei possessio denken. Aber die bonae fidei possessio ist kein Recht gegenüber dem Eigenthümer der Sache! In diesem Falle liegt daher gar keine Verletzung eines Privatrechtes vor, sondern nur unerlaubte Selbsthülfe, also Verletzung eines Satzes des öffent-

lichen Rechtes. Es bleibt daher nichts übrig, als diesen Fall ebenfalls als anomal zu bezeichnen. Uebrigens findet sich für diese Anomalie ein annehmbarer Erklärungsgrund: Diese Stelle stammt her von Paulus, also aus der Zeit vor Valentinian's Selbsthülfegesetz aus dem Jahre 389, cf. l. 7 C. (8. 4). Paulus hat in diesem Falle die actio furti wahrscheinlich nur gegeben, weil er ihn sonst mit den ihm damals zu Gebote stehenden Klagen nicht zu fassen wusste. Durch das Selbsthülfegesetz von Kaiser Valentinian wurde dann die Ausdehnung des furtum auf diesen Fall überflüssig, jedoch traditionell beibehalten. Um die Anomalie dieses Falles noch schärfer hervortreten zu lassen, frage man sich nur, wie hoch die poena dupli zu berechnen gewesen wäre? Wie hoch ist das Interesse des b. f. possessor, gerichtlich zur Herausgabe der ihm nicht gehörigen Sache gezwungen zu werden, statt durch private Selbsthülfe? Aus der einen Anomalie dieses Falles muss dann sofort die andere Anomalie folgen, dass die so entwendete Sache ausnahmsweise nicht der Usucapionsunfähigkeit unterliegt, trotzdem sie res furtiva ist: l. 20 § 1 l. c. Da jedenfalls jene Stelle die einzige derartige ist, und einer andern, der schon besprochenen l. 54 § 4 D. h. t. widerspricht, auch dem ganzen systematischen Aufbau des furtum nicht anzupassen ist, da ferner dieser Fall auch noch in anderer Beziehung anomal ist, indem nämlich kein animus lucri faciendi vorliegt (darüber s. im § 8), so erscheint die Annahme einer Anomalie nicht zu gewagt.

Aus einem Princip heraus erklären lassen sich diese Stellen nicht. Auch lassen sie sich unter sich ebensowenig in Verbindung bringen wie mit dem oben entwickelten System des furtum. Dennoch möchte auf Grund derselben ein Vorwurf gegen die römische Theorie des furtum nicht gerechtfertigt erscheinen, der oft erhoben worden ist, dass sie „unfertig und inconsequent“ sei. Dieser Vorwurf ist entschieden zu schroff. Man muss anerkennen, dass das grosse Gebäude

des furtum schön und klar nach einem leitenden Princip gezeichnet ist, wenn es auch einige überflüssige Schnörkel und verunstaltende Schornsteine besitzt, welche lediglich das praktische Bedürfniss ihm angeklebt hat.

Wenn wir jetzt den römischen Begriff des furtum in seiner ganzen Ausdehnung, in seiner scharfsinnigen Durchführung bei überaus reicher Gliederung überschauen, so stellt er sich dar als ein umfassendes Rechtsmittel zum Schutze des gesammten Systems der Sachenrechte*) an Mobilien, des Eigenthums sowohl als der dinglichen Rechte. Das r. R. hat jedes einzelne dieser Rechte geschützt durch eine civile Klage. Es hat aber auch noch das ganze System geschützt durch eine umfassende Strafklage. Wie die Römer die Erfüllung ihrer Gesetze durch eine am Schluss angehängte sanctio, eine Strafandrohung, sicher stellten, so haben sie auch ihrem gesammten sachenrechtlichen System gleichsam eine sanctio angehangen, als welche man die actio furti betrachten kann.

Damit ist die Frage: welche Rechte sind es, als deren Verletzung das furtum anzusehen ist? beantwortet.

Es bleibt noch die zweite Frage:

§ 7.

b) *In welcher Weise müssen diese Rechte verletzt sein, um die actio furti zu erzeugen?*

Rechte an Sachen können auf zweierlei Weise verletzt werden.

---

*) Die possessio kommt nicht in Betracht, da sie, wie viele Juristen wollen, gar kein Recht, jedenfalls nicht ein Recht gleicher Art wie Eigenthum u. s. w. ist. Emphytensis, superficies, habitatis und die Prädialservituten kommen nicht in Betracht, weil sie Rechte an Immobilien sind. Ein furtum gegen operae würde unter furtum usus fallen.

Die erste Art ist die, dass die Rechte ganz oder theilweise widerrechtlich vernichtet werden durch Zerstörung oder Beschädigung der Sache selbst. Bei diesen Fällen ist eine Klage auf Rückgabe des vernichteten Rechtes nicht möglich, weil diese nur möglich ist durch Wiederherstellung der Integrität der Sache, was in Niemandes Macht steht. Das einzig Mögliche ist die Klage auf Ersatz des Schadens und auf Strafe. Das r. R. kennt eine solche Klage als actio legis Aquiliae.

Die zweite Art, Rechte an Sachen zu verletzen, ist die, dass dieselben zwar substantiell unberührt bleiben, dass aber ihre Ausübung ganz oder theilweise unmöglich gemacht wird, indem die Sache dem Berechtigten unzugänglich gemacht wird. In allen diesen Fällen liegt furtum vor.

Die Legal-Definition nennt diese Art „contrectatio". Das übersetzt Berner S. 523 mit „körperliche Ergreifung". Köstlin S. 192 sagt „Bemächtigung". Sintenis S. 738 sagt „absichtliches Ansichnehmen". Diese Uebersetzungen legen alle mehr oder weniger den Gedanken nahe, dass eine Wegnahme aus fremdem Gewahrsam nöthig sei. Windscheidt II, S. 690 übersetzt „Behandlung einer Sache". Dieser Ausdruck ist allzuweit und trifft nicht das Moment der Widerrechtlichkeit, das schon in dem Worte „contrectatio" liegt. Die Uebersetzung von Wächter S. 358 „einen solchen Act mit der Sache vornehmen, welcher in den mit dem vollen Eigenthum der Sache verbundenen Befugnissen liegt", ist darum nicht zutreffend, weil zu diesen Befugnissen auch das Vernichten der Sache gehört, das doch niemals furtum ist. Besser lässt der Ausdruck „contrectare rem" sich wiedergeben durch „sich vergreifen an der Sache", was sich auf alle oben angeführten Fälle des furtum anwenden lässt.

„Vergreifen" kann ich mich an einer Sache sowohl in der Gesammtheit ihrer Beziehungen, indem ich mir das Eigenthum an derselben anmasse, als in einer einzelnen ihrer

Beziehungen, indem ich sie widerrechtlich gebrauche oder verpfände oder ein Gebrauchs- und Pfandrecht an derselben vereitele.

„Vergreifen“ kann ich mich sowohl an einer Sache, die ich selbst im Besitz habe, als einer Sache, die ein Anderer im Besitz hat, als endlich an Sachen, die augenblicklich in gar Niemandes Besitz sich befinden, wie verlorene und fortgeschwemmte Sachen.

Das „Vergreifen“ liegt vor, sowohl wenn ich selbst handele, und selbst die Sache wegnehme oder unterschlage, als wenn ich den Andern betrügerischerweise veranlasse, seinerseits zu handeln und mir die Sache zu geben, oder wenn ich den vorhandenen Irrthum eines Andern benutze. So z. B. ist wissentlicher Empfang eines indebitum ein furtum, l. 21 § 1 D. h. t. Beim Betrug ist zu unterscheiden: Wird durch den Betrug ein error in causa hervorgerufen, welcher das Rechtsgeschäft, hier also die Eigenthumsübertragung, nicht hinfällig macht, so liegt kein furtum vor, und nur mit der actio de dolo oder condictio sine causa (wegen ermangelnder Voraussetzung, nach Windscheidt) ist zu helfen. Wird aber ein wesentlicher Irrthum erzeugt, so ist die Eigenthumsübertragung nichtig und ein furtum liegt vor. So wegen error in persona: beim falsus creditor l. 43 pr. 67 § 4 D. h. t.; beim falsus procurator l. 81 § 6 D. h. t. l. 19 C. (6. 2). Wegen error in corpore l. 44 § 1. 52 § 22 D. h. t. Analog liegt die Sache beim Zwange: l. 48 § 7 D. l. c.

Eines „Vergreifens“ an der Sache macht sich auch der Hehler schuldig, weshalb er ebenfalls als fur gestraft wird, mag er nun nach Begehung des furtum die entwendeten Sachen verwahrt und verheimlicht haben: § 4 J. (4 1); oder Sachen angekauft haben, von denen er weiss, dass sie dem Verkäufer nicht gehören: l. 12 § 2 C. (6. 2).

§ 8.

c. In welcher Absicht müssen diese Rechte verletzt sein?

Die Legal-Definition enthält zwei Elemente, welche sich auf den dolus beziehen: (contrectatio) „fraudulosa" und „lucri faciendi gratia".

Das Wort „fraudulosa" bedeutet „betrügerisch". Vielleicht ist es auch mit „heimlich" zu übersetzen. Fasst man das Wort so auf, so ist es eine nähere Bestimmung, die ausschliesslich zu „contrectatio" gehört, also weiterhin die Art und Weise kennzeichnet, wie ein Eigenthum oder dingliches Recht verletzt sein muss, damit die That ein furtum sei. In diesem Falle hätte die Bedeutung des Wortes im vorigen Paragraphen entwickelt werden müssen. Da indessen die Beispiele der Quellen darthun, dass weder das Moment „betrügerisch" noch das Moment „heimlich" erfordert wird; da insbesondere der Raub ausdrücklich als unter das furtum fallend bezeichnet wird; da auch weder Sabinus (bei Gellius, XI. 18), noch Gaius III, 195, noch Paulus, Rec. Sent. II, 31 § 1 in ihren Definitionen dieses Requisit kennen, so ist der Vorschlag von Klien S. 128 annehmbar, das „fraudulosa" gleich „iniusta" zu setzen, so dass es gleichbedeutend ist mit widerrechtlich. Dann ist dieses Wort auf den für jedes Delict verlangten allgemeinen strafrechtlichen dolus zu beziehen. Dem entspricht es, dass Paulus einfach eine That „dolo malo" verlangt.

Die Definition des furtum fordert aber nicht nur den allgemeinen strafrechtlichen dolus, sondern sie fordert einen qualificirten dolus, qualificirt durch den animus lucri faciendi, die Absicht, sich einen Vermögensvortheil zu verschaffen. Dieser qualificirte dolus heisst animus furandi.

Wenn das r. R. an mehrern Stellen ganz allgemein sagt, dass nur wider Willen des Eigenthümers ein furtum denkbar sei: l. 46 § 7 — l. 48 § 2 D. h. t., so ist diese Fassung

in ihrer Allgemeinheit zu weit und daher falsch. Denn in den Fällen des furtum rei suae, oder wenn ein Dritter mit Willen des Eigenthümers dem usufructuarius die Sache wegnimmt, so liegt auch furtum vor. Richtig ist jener Satz nur für diejenigen Fälle des furtum, welche unserm Diebstahl entsprechen. Er ist wahrscheinlich eine Reminiscenz aus einer Zeit, wo das furtum noch eine engere Ausdehnung hatte.

Nur in wenigen anomalen Fällen sieht das r. R. vom animus lucri ab. So l. 83 § 2 D. h. t., Paulus, Rec. Sent. II, 31 § 31: Jemand raubt eine Sklavin „libidinis causa". Diesen Stellen widerspricht jedoch l. 39 D. h. t. Allerdings ist in der einen Stelle von einer „ancilla meretrix", in der andern von einer „ancilla non meretrix" die Rede. Doch ist nicht erfindlich, wie dieser Unterschied auf den Begriff des furtum einwirken könnte. Dann l. 61. l. c. „Ancilla fugitiva, quemadmodum sui furtum facere intelligitur, ita partum quoque contrectando furtivum facit." Nach dieser Stelle begeht die Sklavin, die entflieht, ein furtum an sich selbst und an ihrem Kinde, wenn sie es bei Seite schafft. Dass animus lucri nicht vorliegt, ist evident. Ausserdem beruht die Construction dieses furtum auf einer so künstlichen Unterscheidung der menschlichen Person der Sklavin und der Sklavin als Sache, dass man diesen Fall geradezu als eine Spielerei bezeichnen darf. Dann l. 36 § 3 l. c. „Si duo servi . . . aufugerunt et . . . . invicem se celaverunt, fieri potest, ut invicem fures sint". Keiner der beiden Sklaven will einen Vermögensvortheil für sich erlangen, sondern nur dem andern die Freiheit verschaffen. Dieser Stelle widersprechen wieder l. 63 l. c. und Paulus, Rec. Sent. II, 31 § 35, die von der richtigen Entscheidung ausgehen: „Furtum non committit qui fugitivo iter monstravit", und „Qui servo fugae consilium dedit furti quidem actione non tenetur, sed servi corrupti". Da hier die Beihülfe bez. Anstiftung zur

That nicht als furtum gestraft wird, so wurde auch die That selbst nicht als furtum betrachtet, jedenfalls wegen des fehlenden animus lucri.

Ferner l. 73 D. h. t.: Jemand nimmt Manuscripte fort, nicht um sie zu verwerthen, oder sich anzueignen, sondern um sie öffentlich vorzulesen. Wollte man diesen Fall als furtum aufrecht erhalten, so müsste man einen Begriff, etwa wie „geistiges Eigenthum“ unterlegen. Ebenso liegt gewiss ein animus lucri nicht vor in dem Falle der l. 20 § 1 l. c., nach der der Eigenthümer an seiner eigenen Sache ein furtum begeht, wenn er sie dem bonae fidei possessor fortnimmt. Der Eigenthümer will nur, wenn auch auf ungesetzlichem Wege, zu dem ihm zukommenden gelangen; nicht aber zieht er irgend einen Vortheil. Dieser Fall wurde oben schon aus einem andern Gesichtspunkte unter den anomalen genannt. Vom animus lucri sieht das r. R. ab auch beim Gehülfen eines furtum, bei dem zur actio furti einfacher dolus genügt: l. 50 § 1. l. c.

B. Diebstahl nach RSGB.

§ 9.

Das Reichs-Strafgesetzbuch behandelt den Diebstahl im § 242:

„Wer eine fremde bewegliche Sache einem Andern in der Absicht wegnimmt, dieselbe sich rechtswidrig zuzueignen . . .“

Der Begriff des Diebstahls gehört zu denjenigen, über welche in der neuern Strafrechtswissenschaft am wenigsten Zweifel und strittige Meinungen bestehen. Speciell die Bedeutung desselben im Reichs-Strafgesetzbuch, mit der sich diese Arbeit allein beschäftigen soll, findet sich in den Lehrbüchern so klar und übereinstimmend aufgefasst, dass von

einer weitläufigen Auseinandersetzung desselben abgesehen und derselbe füglich als bekannt vorausgesetzt werden kann. Nur zur Herstellung des Zusammenhanges und zum Zweck der Vergleichung mit dem furtum mögen folgende Fragen kurz beantwortet werden.

1) Welche Rechte sind es, deren Verletzung zum Begriff des Diebstahls erforderlich ist?

Das RSGB beantwortet diese Frage durch die Worte „fremde bewegliche Sache“ und „zuzueignen“. Demnach ist der Diebstahl ein Verbrechen gegen das Eigenthum an fremden beweglichen Sachen.

2) In welcher Weise muss das Eigenthum an fremden beweglichen Sachen verletzt sein, damit die That als Diebstahl erscheint?

Das RSGB beantwortet diese Frage durch die Worte „einem Andern wegnimmt“. Das Eigenthum muss also verletzt werden durch Wegnahme der Sache aus dem Gewahrsam eines Andern.

3) Welchen dolus verlangt der Diebstahl?

Das RSGB beantwortet diese Frage durch das Wort „rechtswidrig“. Es wird demnach nur „rechtswidrige“ Absicht, d. h. der allgemeine strafrechtliche dolus, das bewusste Thun einer bewusst widerrechtlichen That verlangt, ohne jede weitere Qualification dieser Absicht.

C. Vergleichung beider Begriffe.

§ 10.

1. In Bezug auf die zu verletzenden Rechte.

Die Definition des Diebstahls im § 242 verlangt zunächst, dass eine „Sache“ weggenommen worden sei. Hierunter ist

eine körperliche Sache zu verstehen. Unkörperliche Sachen sind nicht Gegenstand des Diebstahls. Durch diese Bestimmung ist das römische furtum rei suae vom Diebstahl ausgeschlossen. Denn bei diesem wird nur ein fremdes Recht, also höchstens eine fremde unkörperliche Sache entzogen.

Diese Sache muss eine „fremde" sein, d. i. eine Sache, die dem Eigenthum eines Andern unterliegt. Diese Bestimmung würde wiederum genügen, das furtum rei suae auszuschliessen.

Der § 242 verlangt ausdrücklich eine „bewegliche" Sache. Das Justinianische Recht hat dieses Requisit nicht hervorgehoben, doch wurde es, wie schon bemerkt, allgemein unterlegt.

Damit die That ein Diebstahl sei, muss der Thäter sich diese Sache haben „zueignen" wollen. Er muss die Sache widerrechtlich zu eigen haben, als sein Eigenthum besitzen, und wie ein Eigenthümer dieselbe benutzen wollen, obwohl er die Widerrechtlichkeit seines Willens kennt. Liegt eine andere Absicht vor, so liegt kein Diebstahl vor, z. B. der Pferdeknecht, der gegen Verbot des Herrn den Pferden desselben Futter vorwirft (Futter-„Diebstahl"), hat nicht die Absicht, sich dieses Futter anzueignen. Daher ist dieser sog. „Futter-Diebstahl" kein Diebstahl. Eine contrectatio fraudolosa dagegen, ein widerrechtliches Vergreifen an fremder Sache liegt vor, trotzdem kein furtum, mangels des animus lucri faciendi.

Durch das Requisit der „Zueignungs"-Absicht ist ausgesprochen, dass der Diebstahl nur ein Verbrechen in Beziehung auf das Eigenthum an fremden Sachen ist, nicht in Bezug auf dingliche Berechtigungen. Nehme ich die Sache fort, nur um sie zu gebrauchen, oder um sie als Pfand zu benutzen, so begehe ich keinen Diebstahl. In beiden Fällen, welche nach r. R. furtum sind, liegt kein Diebstahl vor. Doch will Köstlin S. 244 in letzterm Falle einen Diebstahl

sehen. Allerdings findet diese Ansicht darin anscheinend eine Berechtigung, dass in der Verpfändung einer fremden Sache wenigstens eine eventuelle, eine secundäre Aneignungsabsicht enthalten ist. Das RSGB jedoch verlangt eine directe, eine primäre Aneignungsabsicht, die vorliegen muss im Momente der Wegnahme. Diese ist wesentlich verschieden von einer Verpfändungsabsicht, bei der die Aneignungsabsicht nur für die Zukunft besteht.

Eine analoge irrige Auffassung findet sich bei der Unterschlagung. Dass Anmassung eines Pfandrechtes an einer Sache, die ich detinire, Unterschlagung sein kann, sagt Schwarze S. 551; dass sie stets Unterschlagung sei, sagt Oppenhoff S. 480. Die Entscheidung will Schwarze stellen auf die Willensrichtung des Thäters: verpfändet dieser mit der bestimmten Absicht der Wiedereinlösung, so soll nur ein unerlaubter „Gebrauch" vorliegen; verpfändet er ohne eine solche, so soll der Verpfändung eine Aneignung voraufgehen, und darum Unterschlagung anzunehmen sein. Es ist zunächst zu bemerken, dass „gebrauchen" und „verpfänden" ganz getrennte Begriffe sind, dass ein „Gebrauch" zur Verpfändung daher einen innern Widerspruch enthält. Dann aber verlangt § 246 des RSGB („Unterschlagung") eine „Zueignung", die wesentlich verschieden ist von „Verpfändung", mag bei dieser die Absicht der Wiedereinlösung, die zudem uncontrolirbar ist, vorliegen oder nicht. Jene Fälle sind daher weder Diebstahl noch Unterschlagung. Die Entscheidungen der Obergerichte, die Oppenhoff anführt, erscheinen nicht wissenschaftlich gerechtfertigt, sondern sind nur durch ein, allerdings unabweisbares, praktisches Bedürfniss zu erklären, indem auch sonst kein Paragraph des RSGB auf jene Fälle passt.

Einfacher liegt die Sache bei der Retention. Nehme ich eine Sache fort, um sie unberechtigter Weise zu retiniren, so will ich dadurch nur eine Leistung erzwingen, nicht aber

mir die Sache zueignen. Es liegt daher ebenfalls kein Diebstahl vor. So auch Oppenhoff S. 451, Note 45, der eine „rechtswidrige Ingebrauchnahme“ annimmt, die aber natürlich hier denselben innern Widerspruch enthält wie oben.

Durch das Requisit der „Zueignungs“-Absicht werden also von den oben aufgestellten Kategorien das furtum usus und pignoris vom deutschen Diebstahl ganz ausgeschlossen.

§ 11.

2. In Bezug auf die Art und Weise, wie diese Rechte verletzt werden müssen.

§ 242 verlangt, dass die Sache „einem Andern weggenommen“ worden sei. In der römischen Definition des furtum entspricht diesem Erforderniss das Wort contrectatio. Aber nicht jede gegen das Eigenthum gerichtete contrectatio ist genügend, um die That zum Diebstahl zu machen. Vielmehr verlangt § 242 eine ganz bestimmte Art der contrectatio, nämlich contrectatio durch Wegnahme aus fremdem Gewahrsam. „Hierunter ist jede Thätigkeit zu verstehen, durch die der Uebergang aus fremdem Gewahrsam in den eigenen bewirkt wird.“ Berner S. 529. Wenn ich also nur durch betrügerische Worte den Andern veranlasse, mir die Sache zu geben, so mag das Betrug und als solcher strafbar sein; aber ein Diebstahl ist es nicht, wenn auch schon furtum.

Das Requisit der „Wegnahme“ bedeutet, dass der Besitz für den Diebstahl relevant ist, dass die Sache sich im Besitz befinden müsse, um „gestohlen“ werden zu können; ferner, dass fremder Besitz nöthig ist. Ein Diebstahl an einer Sache, die in meinem eigenen Besitz sich befindet, ist demnach unmöglich, ebenso wie ein Diebstahl an Sachen, die gar nicht besessen sind, wie verlorene Sachen etc. Für das furtum dagegen ist der Besitz nicht relevant. Ein furtum kann ich

daher begehen sowohl an Sachen, die ich selbst besitze, als an verlorenen Sachen. In diesen Fällen liegt nach RSGB Unterschlagung vor.

Beides, Diebstahl und Unterschlagung, fassten die Römer unter ihrem furtum zusammen und behandelten beide rechtlich gleich. Nichtsdestoweniger war ihnen der Unterschied beider wohl bewusst, wie der Sprachgebrauch der Quellen zeigt: Wo furtum unserm Diebstahl entspricht, sagen sie surripere, aufferre; wo es unserer Unterschlagung entspricht, sagen sie supprimere, intervertere, intercipere.

Durch das Requisit der Wegnahme werden von der letzten Kategorie furtum rei alle diejenigen Fälle vom Diebstahl ausgeschlossen, welche nach RSGB als Betrug und Unterschlagung zu qualificiren sind.

Während also ein furtum begangen wird durch irgendwelche Entziehung eines Eigenthums oder ius in re, liegt ein Diebstahl nur vor bei Entziehuug des Eigenthums durch Fortnahme aus fremdem Gewahrsam. Während die actio furti das gesammte sachenrechtliche System dcs r. R. schützt, schützt die deutschrechtliche Bestrafung des Diebstahls nur das Eigenthum, und auch dieses nur in einer einzelnen Beziehung.

Auf diesem Unterschied beruht es, dass ein furtum rei suae möglich ist, das begangen wird durch Vergreifen an einem dinglichen Recht an der eigenen Sache, dass aber ein Diebstahl an der eigenen Sache nicht denkbar ist, weil ich mir die eigene Sache nicht „aneignen“ kann, und ebensowenig einen an derselben bestehenden usus oder pignus, da das Wort „aneignen“ nur vom Aneignen des Eigenthums verstanden werden kann.

Auf diesem Unterschied beruht es ferner, dass durch eine und dieselbe That zwar nur ein Diebstahl, aber ein mehrfaches furtum begangen werden kann. Denn eine Sache leidet nur ein Eigenthum, aber neben diesem mehrere iura

in re. Wer daher eine solche Sache wegnimmt, begeht ein furtum sowohl gegen den Eigenthümer als gegen jeden einzelnen der dinglich Berechtigten. In den Quellen finden sich folgende Beispiele: furtum gegen Eigenthümer und bonae fidei possessor l. 75 D. h. t.; gegen Eigenthümer und usufructuarius l. 46 § 1; gegen Eigenthümer und Faustpfandgläubiger l. 46 § 4, l. 12 § 2 D. h. t. Dieselben haben alle die actio furti, jeder auf sein individuelles Interesse. Eine solche mehrfache Bestrafung ist nach deutschem Recht schon deshalb nicht möglich, weil dieses den Diebstahl rein criminalistisch behandelt. Das Strafgesetz wird nur einmal verletzt, wenn auch mehrere Paragraphen desselben anwendbar und mehrere Privat-Interessen geschädigt worden sind. Darum kann auch nur einmal eine Strafe verhängt werden.

§ 12.

3. In Bezug auf den dolus.

Nicht so weit wie im objectiven Thatbestand gehen furtum und Diebstahl auseinander im subjectiven Moment, im dolus, den sie verlangen.

Beide Begriffe setzen zunächst den allgemeinen strafrechtlichen dolus voraus, d. h. das bewusste Wollen einer bewusst widerrechtlichen That. Culpa ist nicht genügend. Für das deutsche Recht war darüber niemals ein Zweifel, wohl für das r. R. Hier nahmen früher mehrere Juristen ein culposes furtum an. Da jedoch diese Ansicht heute nicht mehr vertheidigt wird, so genügt es, dieselbe berührt zu haben.

Beide Begriffe stimmen auch darin überein, dass dolus allein nicht genügt. Wenn die That objectiv nicht widerrechtlich war, wenn also das Bewusstsein der Widerrechtlichkeit auf einem Irrthume beruhte, z. B. wenn die Sache derelinquirt war (l. 43 § 5 D. h. t.), so ist die That weder als Diebstahl noch als furtum zu bestrafen. l. 1 § 1 D. (47. 2):

„sola cogitatio furti faciendi non facit furem". Nach deutschem Recht ist diese That ebenfalls straflos. Hälschner S. 392 will dieses Putativ-Verbrechen als Versuch des Diebstahls bestrafen. Aber es liegt kein Versuch, sondern eine vollendete That vor, die aber ein Putativ-Verbrechen ist.

Ferner stimmen beide Begriffe darin überein, dass objective Widerrechtlichkeit der That allein nicht genügt, wenn der dolus nicht hinzukommt. Glaubte sich also der Thäter im Einverständniss mit dem Eigenthümer, während in der That dieser nicht einverstanden war, oder hoffte er, dass dieser die Verfügung über die Sache hinterher ratihabiren werde, so ist die That weder als furtum noch als Diebstahl zu qualificiren, „furtum sine affectu furandi non committitur", § 7 J. (4. 1) — Gaius, III, 197 — Oppenhoff S. 449, Note 40.

So weit geht in diesem Punkte die Uebereinstimmung beider Begriffe. Beide unterscheiden sich dadurch, dass der Diebstahl nichts weiter verlangt als das Bewusstsein von der Widerrechtlichkeit der That, während ein furtum nur dann vorliegt, wenn dieses Bewusstsein zusammentrifft mit dem animus lucri faciendi. Das r. R. fordert demnach mehr als das deutsche Recht. Es fordert, wie schon bemerkt wurde, eine qualificirte widerrechtliche Absicht, qualificirt durch die Absicht, sich einen Vermögensvortheil zu verschaffen.

Die „Widerrechtlichkeit", die der Diebstahl verlangt, liegt vor, wenn der Dieb die Sache wegnimmt, um sie für sich zu behalten. In diesem Falle will er ein lucrum machen, und darum liegt auch furtum vor.

Sie liegt ferner vor, wenn der Dieb die Sache verschenken will. In diesem Falle liegt auch noch animus lucri vor. „Species enim lucri est, ex alieno largiri et beneficii debitorem sibi acquirere, unde et is furti tenetur, qui ideo rem amovet, ut eam alii donet." l. 55 § 1 D. h. t. Ebenso nimmt das r. R. den animus lucri an, wenn der commodatarius die Sache unentgeltlich weiter verleiht, obschon er keinen directen

Gewinn zieht, da das commodatum ja seiner Natur nach unentgeltlich ist, l. 48 § 4 D. h. t.; es liegt eben auch hier ein ex alieno largiri vor.

Jene Widerrechtlichkeit liegt endlich auch vor, wenn der Dieb die Sache sich aneignet, nur um dem Eigenthümer den Gebrauch derselben zu entziehen, um ihn zu kränken, sich an ihm zu rächen, oder um die Sache zu vernichten. Oppenhoff S. 450 Note 44. Ein lucrifacere aber liegt in allen diesen letztern Fällen nicht vor, und darum kein furtum: l. 22 pr. l. 54 pr. D. h. t.

Widerrechtlich ist die Absicht auch, wenn unerlaubte Selbsthülfe vorliegt, z. B. wenn ich meine eigene Sache dem bonae oder malae fidei possessor, wegnehme, um mir einen langwierigen Process zu ersparen, oder weil ich mein Eigenthum nicht beweisen zu können glaube. Diese Fälle wären daher ohne Zweifel nach deutschem Rechte Diebstahl, wenn nicht eine „fremde“ Sache verlangt würde, und nach r. R. furtum, wenn nicht animus lucri faciendi gefordert würde. Andere Fälle der Selbsthülfe aber sind wirklich Diebstahl, z. B. wenn ich mir eine fremde Sache aneigne, um mich daraus bezahlt zu machen, s. Oppenhoff S. 451, Köstlin S. 244, anders allerdings Schwarze S 526 und Hälschner S. 424; furtum liegt nicht vor mangels des animus lucri. Römische Quellenstellen fehlen. Ein weiterer Fall der unerlaubten Selbsthülfe ist, wenn ich eine fremde Sache an mich nehme, um dieselbe als Pfand für meine Forderung zu benutzen. Contrectatio liegt vor, aber kein animus lucri faciendi; daher kein furtum. Widerrechtliche Absicht liegt wohl vor, aber kein Diebstahl, weil die Aneignungsabsicht fehlt. Ueber einen Fall dieser Art, der richtig entschieden wurde, berichtet die „Kölnische Volkszeitung“ vom 21. Februar 1880 wie folgt: „Ein Mechaniker von hier, welcher, um Bezahlung einer Forderung an eine Wittwe in Deutz zu erzielen, mehrmals, aber stets vergebens, in die Wohnung derselben sich

begeben hatte, nahm schliesslich in Abwesenheit der Wittwe aus deren Wohnung ein Schiffchen von einer Näh-Maschine mit. Er hatte sich nun heute vor dem Schöffengericht II wegen Diebstahls zu verantworten, wurde aber freigesprochen. Das Gericht nahm an, der Beschuldigte habe das Schiffchen als Unterpfand für seine Forderung und nicht in der Absicht, dasselbe zu behalten, mitgenommen."

Wer eine fremde Sache wegnimmt und gleichzeitig den Vermögenswerth derselben deponirt, obwohl er weiss, dass der Eigenthümer sich geweigert haben würde, ihm dieselbe zu verkaufen, hat ebenfalls eine „widerrechtliche" Absicht, und seine That ist daher Diebstahl: Oppenhoff S. 451 Note 45, Klien S. 339, Köstlin S. 245, Schwarze S. 527, anders Berner S. 529. Dagegen als furtum kann die That nicht qualificirt werden, da der animus lucri fehlt. Quellenstellen darüber fehlen.

Ein lucrum kann ich machen nur an einer Sache, die Vermögenswerth hat. Für das r. R. ist daher ein furtum an werthlosen Sachen nicht möglich. Wie auch wäre die poena dupli zu berechnen? Ein Diebstahl ist aber wohl möglich. Schwarze S. 525.

§ 13.

4. Raub nach römischem und deutschem Recht.

Das charakteristische Moment des Raubes ist die angewandte Gewalt.

Weder furtum noch Diebstahl schliessen in ihrer Definition das Moment der „Gewalt" aus. Das Wort fraudulosa in der Legal-Definition scheint die Gewalt auszuschliessen und somit die rapina aus dem Gebiet des furtum auszuweisen. Doch widersprechen dem zahlreiche Stellen, welche ausdrücklich sagen, dass die rapina auch furtum sei: l. 1. 2 § 26 D. (47. 8) — Gaius III, 209.

Der § 242 des RSGB schliesst für sich allein betrachtet ebensowenig die Fälle der gewaltsamen Wegnahme aus. Erst in Verbindung mit § 246 (Raub) zeigt sich die scharfe Sonderung des deutschen Rechtes zwischen Diebstahl und Raub.

Nach r. R. ist die gewaltsame Wegnahme einer Sache zunächst furtum, und erzeugt je nachdem die actio furti manifesti: l. 81 § 3 D. (47. 2) oder nec manifesti: l. 1 D. (47. 8). Aber es liegt ein qualificirtes furtum vor, und deshalb gab der Prätor neben der actio furti eine actio vi bonorum raptorum, die gleichzeitig auf Ersatz und eine Strafe des Dreifachen geht, pr. J. (4. 2). Warum diese Klage concurrirt mit der actio furti, darüber findet sich in den Quellen keine Andeutung. Vielleicht „odio raptorum". Denn war der raptor nicht auf handhafter That gefasst worden, so konnte die actio furti nur als nec manifesti auf eine poena dupli angestellt werden, l. 53 D. (47. 2), dagegen die actio vi bonorum raptorum auf eine poena tripli.

Im deutschen Recht sind Diebstahl und Raub scharf geschieden. Die rapina ist wesentlich ein Verbrechen gegen das Eigenthum. Die Gewalt tritt nur als erschwerender Umstand hinzu. Der raptor war nur ein fur improbior, l. 2 § 10 D. (47. 8). Der Raub dagegen ist „ein besonderes, gegen Person und Eigenthum zugleich begangenes Verbrechen", Motive zum RSGB S. 124. Ja, die gegen die Person gebrauchte Gewalt ist so sehr das massgebende Moment, dass dieselbe gegen die Strafe des Diebstahls (Gefängniss) nicht nur einen Unterschied im Strafmass, wie im r. R., sondern auch einen Unterschied in der Strafart (Zuchthaus) hervorruft.

Doch lässt sich nicht verkennen, dass trotz dieser scharfen begreiflichen Scheidung innerlich eine grosse Verwandtschaft zwischen Raub und Diebstahl obwaltet. Dem hat das RSGB in gewisser Beziehung Rechnung getragen, indem es

bei Beurtheilung der Rückfälligkeit beide Verbrechen als „gleichartig“ ansieht. RSGB § 244.

§ 14.

5. Entwendung von res hereditariae, sacrae et religiosae nach römischem und deutschem Recht.

Diese Gruppen haben nach r. R. das Gemeinsame, dass an ihnen kein Eigenthumsrecht besteht, und darum an ihnen ein furtum rei nicht begangen werden kann. Denn ein furtum rei setzt voraus, dass eine Sache überhaupt einem Eigenthum unterliege, so dass das furtum gegen den Eigenthümer der Sache begangen wird: l. 43 § 5 D. (47. 2): „nec enim furtum fit, nisi sit, cui fiat,“ und l. 6 D. (47. 19) „rei hereditariae furtum non fit, sicut nec eius, quae sine domino est.“ Nach deutschem Recht liegt die Sache verschieden.

1. Res hereditariae. „Rei hereditariae furtum non fit“ sagt l. 6 D. (47. 49). Warum? Es liegt der vollständige Thatbestand des furtum vor. Trotzdem wird nicht als furtum gestraft. Im ältern r. R. soll der Grund die usucapio pro herede gewesen sein: da diese erlaubt war, habe man ihre Vorbedingung nicht bestrafen können. Nachdem die usucapio pro herede fortgefallen war, gab man aber dennoch nur eine extraordinaria cognitio expilatae hereditatis, aber keine actio furti. Eine genügende Erklärung dieser auffallenden Thatsache wurde bisher nicht gegeben. Dieselbe als ein Ueberbleibsel aus einer vergangenen Rechtsperiode aufzufassen, ist nur ein Nothbehelf. Nach der hier vertretenen Auffassung des furtum möchte der Grund darin zu suchen sein, dass die res hereditariae keinem Eigenthume unterliegen: l. 1 pr. D. (1. 8) „res hereditariae, antequam quis heres existat, nullius in bonis sunt“ etc. Denn das Eigenthum an denselben ruht, wie alle Rechte der Erbschaft, während

das furtum voraussetzt, dass die Sache überhaupt in einem Eigenthums-Verhältnisse zu einem bestimmten Subjecte steht.

Wenn aber auch an einer res hereditaria momentan kein Eigenthum besteht, indem das Eigenthum ruht, so folgt daraus doch nicht, dass die dinglichen Rechte an der Sache, die beim Tode des Erblassers bestanden, ebenfalls ruhen. Diese bestehen in gleicher Weise fort. Gegen diese dinglichen Rechte muss daher auch zur Zeit der hereditas iacens ein furtum an res hereditariae möglich sein. Diese Folgerung zieht l. 69—71 D. (47. 2): „Hereditariae rei furtum fieri Julianus negabat, nisi forte pignori dederat defunctus aut commodaverat, aut in qua ususfructus alienus est. His enim casibus putabat hereditariarum rerum fieri furtum, et usucapionem impediri idcircoque heredi quoque actionem furti competere.“ Steht also dem Erben selbst das dingliche Recht an der Sache zu, so hat auch er insoweit die actio furti.

Diese ganze Construction hängt zusammen mit der privatrechtlichen Theorie des r. R. von der hereditas iacens. Für unser heutiges Privatrecht hat dieselbe keine Bedeutung mehr. Daher findet nach RSGB an Erbschaftssachen ein Diebstahl statt auch vor der Antrittserklärung des Erben. Köstlin S. 241. Schwarze S. 523. Ebenso ist Unterschlagung von Erbschaftssachen heute möglich. Schwarze S. 523, Note †††.

2. Res sacrae. Aus einem ähnlichen civilrechtlichen Grunde ist nach r. R. ein furtum nicht möglich an res sacrae. Diese sind als res extra commercium keinem Eigenthum unterworfen; sie sind res nullius. Darum ist ein furtum an ihnen nicht möglich. Man vergleiche l. 3 C. (6. 2) „Si nondum rem templo divino dedicatam vitricus tuus furto abstulit, habes adversus eum furti actionem.“ Aus dieser Entscheidung ergibt sich mit Nothwendigkeit das argumentum a contrario: Wenn die Sache schon templo dedicata, also durch die Verwirklichung ihrer Bestimmung zur res sacra

geworden ist, so ist eine actio furti nicht mehr zulässig. Die Entwendung von res sacrae konnte nur gestraft werden aus rein criminellen Gesichtspunkten, als peculatus nach der lex Julia peculatus, l. 4 pr. § 1 D. (48. 13).

Heute stehen die res sacrae im Eigenthum. Ihre Entwendung ist daher Diebstahl, und zwar ein schwerer Fall desselben: RSGB § 243, 1.

3. Res religiosae. Auch die res religiosae, die Gräber der Verstorbenen, sind nach r. R. extra commercium. An denselben gibt es nur iura sepulcrorum, die nicht zu den Vermögensrechten gehören. Ein furtum an ihnen ist daher nicht möglich. Diejenigen „qui cadavera spoliant" werden daher nicht wegen furtum, sondern anderweitig, mit einer actio sepulcri violati gestraft: l. 3 § 7 D. (47. 12). Die Beraubung von Leichen ist damit zu einem besondern Verbrechen gemacht. Aus demselben Grunde gibt es keine actio legis Aquiliae wegen Beschädigung von Gräbern, da auch diese Klage eine Vermögensbeschädigung voraussetzt: l. 2 pr. D. (47. 12).

Nach deutschem Recht wird die Beraubung von Leichen als Diebstahl gestraft: Oppenhoff S. 334, Note 2. Auffallend ist aber diese Entscheidung, da Sachen, welche einer Leiche mit in's Grab gegeben werden, doch kaum mehr als ein Eigenthum des frühern Eigenthümers fortdauernd betrachtet werden können, ebensowenig natürlich als im Eigenthum des Todten stehend. Demnach ist die Sache nicht derelinquirt. Die Entscheidung bei Oppenhoff rechtfertigt sich dadurch, dass die Sache für den Leichenschänder jedenfalls eine „fremde" ist, da sie nicht derelinquirt wurde. Aus diesem Fall ein delictum sui generis zu machen, ähnlich der römischen sepulcri violatio, wie vorgeschlagen worden ist, erscheint darum unnöthig.

§ 15.

6. Klagen aus dem furtum und Diebstahl.

Nach r. R. entstehen aus dem furtum zunächst zwei Klagen:

1. Die condictio furtiva. Mit dieser kann die gestohlene Sache, sofern sie vorhanden ist, eventuell Leistung des gesammten Interesse gefordert werden. Sie ist also lediglich reipersecutorisch.

Für die condictio furtiva muss in gemeinrechtlichen Ländern noch heute der Begriff des furtum, wie er oben entwickelt wurde, die Grundlage bilden. Beim furtum usus und pignoris gestaltet sich die Klage dann so, da sie sogleich auf Leistung des Interesse geht, da eine Rückgabe des Gestohlenen natürlich nicht möglich ist.

Ausser der condictio furtiva kann sich der Verletzte natürlich auch der rei vindicatio bedienen, um die gestohlene Sache wieder zu erlangen. Doch ist dies keine Klage auf Grund des furtum. Eine weitere Ausdehnung erhält jedoch diese rei vindicatio durch das furtum, indem bestimmt ist, dass res furtivae nicht der Usucapion unterliegen solle. § 2 J. (2. 6).

2. Die actio furti civilis, eine privatrechtliche Strafklage. Die Strafe geht beim furtum nec manifestum auf ein duplum, beim furtum manifestum auf ein quadruplum, § 5 J. (4. 1). Ausserdem hatten die Klagen wegen rapina (s. o.!) und wegen furtum ex incendio ruina naufragio rate nave expugnata (tit. D. [47. 9]) einen Strafzusatz auf ein triplum.

Diese actio furti ist gedacht als Privatklage. Doch hat sie einige Elemente aufgenommen, welche sich mit einem streng privatrechtlichen Charakter nicht vereinigen lassen: so dass die actio furti nicht der gewöhnlichen Verjährung

unterliegt: l. 41 § 2 D. (47. 2) „quamdiu vivit is qui furtum fecit non perit furti actio"; dass die actio furti ausser gegen den fur auch gegen den Hehler und Gehülfen geht, und zwar gegen Jeden auf den ganzen Betrag, so dass der Eine durch Zahlung des Andern nicht frei wird; dass der ertappte Dieb mehr zahlen muss, als der nicht ertappte; schliesslich die infamirende Wirkung der Klage: l. 64 D. (47. 2). Paulus, Rec. Sent. II. 31 § 15.

Die actio furti steht zur condictio furtiva im Verhältniss der cumulativen Klagenconcurrenz: l. 7 § 1 D. (13. 1), l. 55 § 3, l. 89 D. (47. 2) — § 19 J. (4. 1).

In. eigenthümlicher Weise hat das r. R. die Frage beantwortet, wer die actio furti anstellen darf, wenn das Vorliegen eines furtum feststeht. Beide Fragen hat das r. R. streng geschieden gehalten. „Die Juristen stellen ihre Entscheidung darüber, wem die actio furti zustehen, nicht darauf, wessen Recht durch das furtum verletzt sei, sondern lediglich auf das Interesse. Wer kein unmittelbares Recht auf die Sache selbst hat, klagt demnach, si eius interest; der wahrhaft Verletzte aber klagt n u r si eius interest." Dollmann S. 41. In der Beantwortung der Frage, cuius interest, kommen die römischen Juristen zu folgenden Consequenzen: Es haben die actio furti ausser dem Eigenthümer und dinglich Berechtigten der fullo, si solvendo est, l. 12 pr. D. h. t.; si conduxerit quis, l. 14 § 12 D. h. t.; der depositarius, wenn er versprochen hat, auch culpa zu prästiren: l. 2 § 23 D. (47. 8); der colonus l. 14 § 2 D. h. t.; der caupo, stabularius und magister navis, weil sie unbedingt ex recepto, und auch für die Entwendungen ihrer Untergebenen haften: l. 14 § 17 D. h. t. — cf. l. 4 D. (47. 5).

3. Schon früher wurden einige Fälle des furtum criminell verfolgt, da sie unter i u d i c i a p u b l i c a fielen, so dass furtum, wenn der Dieb Waffen bei sich führte, nach der lex Cornelia de si seariis l. 1 pr. D. (48. 8), der Raub in Waffen

und bei Feuersbrünsten nach der lex Julia de vi publica, l. 3 § 2. 3 D. (48. 6), und der Strassenraub der „grassatores, qui praedae causa id faciunt“ l. 28 § 10 D. (48. 19). Bei diesen Fällen war der strafrechtliche Gesichtspunkt vollständig durchgedrungen, so dass die actio furti ausgeschlossen war und nur die öffentliche Strafe eintrat.

4. Eine Mittelstufe zwischen der actio furti civilis und den iudicia publica bilden diejenigen Fälle, in denen das r. R. es dem Privatmanne möglich macht, durch eine actio furti criminalis seinerseits eine öffentliche Bestrafung herbeizuführen, aber nicht so weit ging, die öffentliche Strafe obligatorisch zu machen. Diese actio furti criminalis wurde in der Form der cognitio extraordinaria verhandelt. Die einzelnen Fälle sind: abigeatus, das Entwenden von Vieh in Heerden und auf der Weide, tit. D. (47. 14); furtum balnearium, das Stehlen von Kleidern der Badenden, tit. D. (47. 17); furtum der saccularii, wahrscheinlich Taschendiebe, l. 7 D. (47. 11) l. 1 § 2 D. (47. 18); furtum nocturnum, l. 1 D. (47. 17), und furtum der effractores und directarii, der Einbrecher und Einschleicher, tit. D. (47. 18).

Zwischem dem criminaliter agere und dem civiliter agere hatte der Verletzte vollkommen freie Wahl. Das auszeichnende bei der cognitia extraordinaria war, dass der Richter hier nach seinem Ermessen die Strafe bestimmen konnte. Diese war Restitution der entwendeten Sache, Peitschen und Zwangsarbeit. Für gewisse Arten war auch die Strafe fest bestimmt. Dollmann S. 55. Berner S. 524. „Die Auszeichnung dieser einzelnen Fälle durch die Möglichkeit einer Anklage auf öffentliche Strafe wurde bald verallgemeinert und schliesslich scheint es zur Regel geworden zu sein, dass überhaupt wegen furtum Criminalklage erhoben werden konnte.“ Wächter S. 373. Hälschner S. 396. Dass trotzdem einzelne Fälle der cognitio extraordinaria im C. J. Civ. aufgezählt werden, erklärt sich entweder historisch, oder dadurch,

dass in diesen Fällen die cognitio extraordinaria obligatorisch war. So Klien S. 11 Note 9. Dollmann S. 54. Note 128.

Für das heutige Recht ist sowohl die actio furti als die cognitio extraordinaria furti fortgefallen, nachdem das RSGB diese „Materie“ geordnet hat (vgl. Einf. Gf. zum SGB § 2). „Dagegen die privatrechtlichen Folgen, Usucapions-Unfähigkeit der res furtivae und die condictio furtiva, haben noch dieselbe praktische Bedeutung und Gültigkeit wie im r. R.“ Wächter S. 354. Köstlin S. 194. Strafrechtlich ist der Charakter als crimen publicum auf alle Fälle des Diebstahls ausgedehnt worden. Die Strafe ist Gefängniss oder Zuchthaus, je nachdem einfacher oder schwerer Diebstahl vorliegt: § 242 und 243 des RSGB.

§ 16.

7. Stellung von furtum und Diebstahl im Rechts-System.

Zwei Principien gibt es, von denen die Rechts-Ordnung bei der Normirung der menschlichen Beziehungen ausgehen kann. Sie kann ausgehen vom Individuum und fragen, was dem Einzelnen nothwendig und nützlich ist. Sie kann auch ausgehen von der Gesammtheit und fragen nach deren Bedürfnissen und Interessen. Auf diesen Gedanken gründet sich die Eintheilung des r. R. in ius privatum und ius publicum. Wo die Grenze zu ziehen sei, lässt sich nur relativ beantworten, je nach den gesammten Lebens-Anschauungen und Cultur-Bedingungen eines Volkes. Wir sehen daher im Verlauf der Geschichte jene Frage nach der Grenze im Einzelnen vielfach verschieden beantwortet. Speciell beim furtum sehen wir in ganz auffallender Weise eine andere Lösung dieser Frage im römischen und deutschen Recht. Dem r. R. ist das furtum vorzüglich Privatdelict. Die Strafe des furtum erscheint nicht als Vergeltung, als Sühne für das Verbrechen. Der Gedanke, dass von Seiten des Staates eine

Reaction gegen das furtum nothwendig sei, ist dem r. R. in dieser Allgemeinheit fremd. Eine criminelle Verfolgung von Staatswegen trat nur in sehr wenigen Fällen ein, zunächst nur da, wo der Staat selbst als Person unmittelbar geschädigt erschien. Man sah noch kein Staats-Interesse in der Sicherheit des Eigenthums, sondern überliess diese Sorge den einzelnen Bürgern. Die actio furti schützt daher die Privatperson, nicht die öffentliche Sicherheit.

Auch die Mittel, durch die der Staat der Privatperson zu dieser Genugthuung verhalf, waren rein privatrechtlicher Natur. Der Staat betheiligte sich nicht an der Aufsuchung des Verbrechers und der entwendeten Sachen, sondern überliess diese Sorge dem Geschädigten. Diesem stand dazu in der ältern Zeit des r. R. das Recht der Haussuchung zur Seite, bei welcher er sich an bestimmte Formen zu halten hatte: erst lance et licio, dann testibus praesentibus. § 4 J. (4. 1) — Gaius III, 192 — Gellius XI, 18. Dabei unterstützten ihn Präsumptionen, zunächst die Präsumption, dass derjenige der Thäter sei, bei dem die entwendete Sache gefunden wurde: actio furti concepti. Dann wurde präsumirt, dass derjenige der Dieb sei, der sich einer Haussuchung nicht unterziehen wollte: actio furti prohibiti, oder der die bei ihm gefundenen gestohlenen Sachen nicht herausgab: actio furti non exhibiti. Dass der Gedanke dieser Klagen auf einer praesumptio iuris beruht, ergibt sich aus Gaius III, 186: „in eum (sc. apud quem testibus praesentibus furtiva res quaesita et inventa est), propria actio constituta est, quamvis fur non sit, quae appellatur concepti.“ Ebenso § 4 J. (4. 1). Dazu vgl. Gaius III, 194: „neque enim lex facere potest, ut qui ... omnino fur non sit, fur sit ... at illud sane lex facere potest, ut perinde aliquis poena teneatur, quamsi furtum admisisset, quamvis nihil eorum admiserit.“ Dass ferner diese Präsumption zu den praesumptiones iuris et de iure gehört „qui contrarii probationem non admittunt“, ergibt

sich daraus, dass der mit der actio furti concepti Belangte, wenn er schuldlos war, keine Einrede hatte, sondern sich nur nachträglich mit der actio furti oblati an demjenigen erholen konnte, der ihm doloserweise die Sache zugebracht hatte.

Später kamen diese Klagen ab. Als Ersatz wurde die actio furti gegen den Hehler ausgedehnt: § 4 J. (4. 1). Ein weiterer Ersatz liegt darin, dass die actio furti gegen den caupo, nauta und stabularius gegeben wurde, sofern von deren Leuten ein furtum begangen war an Sachen der Reisenden: l. 1 § 3 D. (47. 5).

Auch zur Wiedererlangung der gestohlenen Sachen stand dem Verletzten nur der privatrechtliche Weg vermittels der condictio furtiva oder vindicatio oder actio ad exhibendum offen. Hierbei unterstützte ihn wiederum der Satz des Privatrechtes, dass res furtivae nicht usucapirt werden können.

Das RSGB hat den Diebstahl ganz aus dem Privatrecht ausgewiesen. Es behandelt ihn rein vom strafrechtlichen Standpunkt aus und bringt die ethischen Gesichtspunkte im Vorzug vor den vermögensrechtlichen zur Geltung. Der Staat als Vertreter des Rechtes und Wächter des Gesetzes straft und sühnt das Unrecht. Diese Auffassung war entscheidend für die Auswahl der Strafmittel, für den Ausschluss der Geldstrafe und die alleinige Anwendung der Freiheitsstrafe. Der Staat besorgt heute von Amtswegen die Untersuchung und Verfolgung des Diebstahls. Auch zur Wiedererlangung der entwendeten Sache bedarf es für gewöhnlich keiner Klage, sondern diese wird dem Eigenthümer nach beendeter Untersuchung zurückgegeben von der Behörde, ohne dass es eines Urtheils hierüber bedarf. C. Proc. O. 111. Nur wenn inzwischen die gestohlene Sache in dritte Hände übergegangen ist, muss die Civilklage eingeschlagen werden.

§ 17.

8. Folgen aus der verschiedenen Rechtsstellung von furtum und Diebstahl.

Der verschiedene Charakter des furtum als Privatdelict und des Diebstahls als öffentliches Verbrechen hat in manchfacher Beziehung differenziirend eingewirkt.

So ist nach RSGB § 242 beim Diebstahl der Versuch strafbar. Dagegen „gehört es zum wesentlichen Thatbestand des furtum, dass das furtum vollendet sei, weil das furtum Privatdelict, somit ein Versuch desselben nicht strafbar war." Wächter S. 364 — l. 21 § 7 D. (47. 2). Wo jedoch der criminalistische Gesichtspunkt zum Durchbruch gekommen war, wie bei der crimina publica, wurde auch der Versuch bestraft: l. 12 § 1, l. 13 D. (48. 13). — Eine merkwürdige Stelle, nach der der Versuch des furtum, sogar nur der Versuch der Verleitung zum furtum, also erfolglose Anstifung, als furtum bestraft wird, ist § 8 J. (4. 1). Ebenso § 20 C. (6. 2). Doch ist dies eine singuläre Bestimmung aus besondern Rücksichten, „non secundum iuris regulas".

Die actio furti war, als einen Vermögenswerth repräsentirend, activ vererblich, als Delicts-Anspruch aber passiv nicht vererblich, l. 1 D. (47. 1) — Paulus, Rec. Sent. II, 31, 6. Im deutschen Recht ist die Frage der Vererblichkeit gar nicht aufzuwerfen, der activen Vererblichkeit nicht, weil der Kläger, der Staat, nicht stirbt, und der passiven nicht, weil solches mit der criminalistischen Behandlung des Diebstahls in keiner Weise vereinbar wäre.

Die actio furti konnte durch einen Vergleich unter den Parteien, wie jeder privatrechtliche Anspruch, ausgeschlossen werden: „pro furto damnum decidere" in l. 46 § 5, l. 62 § 2 D. (47. 2), cf. Puchta, Just. III, S. 121 „transigere" in l. 55 § 5, l. 57 § 4 D. l. c. cf. l. 7 § 14 D. (2. 14): „nam et de

furto pacisci lex permittit." Unterholzer S. 680. Heute ist ein solcher Vergleich natürlich strafrechtlich irrelevant.

Das r. R. kennt beim furtum keine härtere Bestrafung des Rückfalls. Es konnte auch eine solche nicht kennen, da das criminelle Schuldmoment nicht in Betracht kam und das privatrechtliche Unrecht stets dasselbe und stets dem Werth der gestohlenen Sachen entsprechend zu berechnen war. Das deutsche Recht sieht in der Rückfälligkeit den Ausdruck einer grössern moralischen Schuld. Sein Zweck ist Bestrafung des Unrechts und Schutz der Gesammtheit. Dieser ist aber ein rückfälliger Dieb besonders gefährlich, „weil erfahrungsmässig bei diesen strafbaren Handlungen die Wiederholung auf einer eingewurzelten Neigung zu Eingriffen in fremdes Eigenthum beruht." Motive S. 121. Das RSGB § 244 straft daher bei Diebstahl den wiederholten Rückfall mit schwerern Strafen.

Der grösste Uebelstand bei der privatrechtlichen Behandlung des furtum war die durch die rechnungsmässige Abmessung der Strafe verursachte Starrheit derselben. Innerhalb der poena dupli und quadrupli und der Infamie war dem römischen Richter durchaus die Möglichkeit genommen, auf die grössere oder geringere Schuldbarkeit, auf mildernde oder erschwerende Umstände Rücksicht zu nehmen. Auch das ältere deutsche Recht kannte den Werth der gestohlenen Sache als Abmessungsgrund der Strafe, indem es grossen und kleinen Diebstahl unterschied. Das RSGB hat aber diese Unterscheidung ganz überwunden, und überlässt es dem Richter, ob er die Höhe der Strafe vom Werth der gestohlenen Sache beeinflussen lassen will. — Ebenso starr waren die Strafen gegen Hehler und Gehülfen. Diese waren alle einzeln auf den ganzen Betrag verpflichtet, so dass der Eine durch Zahlung der Andern nicht frei wurde. Nur ein geringfügiger Unterschied trat hier ein, indem der Hauptthäter mit

der actio furti manifesti, der Gehülfe mit der actio furti nec manifesti bestraft werden konnte, l. 34 D. (47. 2). Ebenso wenig dem Zweck der Strafe entsprechend ist die Erhöhung der Strafe beim furtum manifestum, da der Umstand, ob der Dieb ertappt wird, meist vom Zufall abhängt.

Nach dem RSGB hat der Richter die umfassende Möglichkeit, die Strafe der Verschuldung anzupassen, indem die §§ 242 und 243 nur die Strafart, aber kein Strafminimum festsetzen. Ferner ist nur bestimmt, dass der Richter auf Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte erkennen „kann". Er kann also auch davon absehen. Gerade in diesem letzten Unterschiede bei der Strafausmessung zeigt sich der grösste und in seinen Wirkungen wohlthätigste Fortschritt des neuern Strafrechts gegen das r. R., der es dem Richter möglich macht, das Schwert der ausgleichenden Gerechtigkeit mit Billigkeit zu führen.

§ 18.

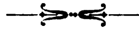
9. Schluss.

Der römische Begriff des furtum ist in Theorie und Praxis entwickelt worden von der römischen Jurisprudenz, da seit den XII tab. keine gesetzliche Bestimmung mehr auf diesem Gebiete getroffen worden zu sein scheint. Die römischen Juristen traten mit ihrer eigenartigen Begabung an die Bearbeitung dieser Lehre heran, und behandelten dieselbe unter Zurückdrängung des criminalistischen Momentes vom rein privatrechtlichen Standpunkt aus. In Folge dessen haben ihre privatrechtlichen Ideen einen massgebenden Einfluss auf diese Lehre geübt. Dazu kam, dass gerade das furtum mehr als andere Verbrechen zu einer privatrechtlichen Behandlung sich eignete, und diesem Umstande ist es zu verdanken, dass die Theorie des furtum so reich entwickelt ist wie keine andere strafrechtliche Materie des r. R. Wir haben daher

im furtum, wie es schliesslich in das C. J. Civ. aufgenommen wurde, einen zwar sehr scharfsinnig und reich ausgebildeten, aber ebenso complicirten und ohne systematische Rechtskenntnisse schwer übersehbaren Begriff, der mit dem sachenrechtlichen System des C. J. Civ. auf's innigste verwachsen ist.

Einen ganz andern Charakter trägt der deutsche Begriff des Diebstahls. Er entwickelte sich, wie alles deutsche Recht, aus dem Volksbewusstsein heraus, ohne durchgreifenden Einfluss von Wissenschaft und Gesetzgebung. Dem entsprechend ist er eng, präcis und leicht übersichtlich, und dadurch für die Bedürfnisse eines weniger entwickelten Verkehrs und einer Strafrechtspflege durch ungelehrte Richter, die jetzt wieder in den Schöffengerichten eine grosse Anzahl Diebstähle abzuurtheilen haben, weit besser angemessen. Die criminelle und privatrechtliche Seite sind von Anfang an geschieden gewesen und stets streng auseinander gehalten worden. Die Einfachheit des Begriffes hat bewirkt, dass er sich im Wesentlichen, so weit nicht römischrechtliche Einflüsse sich geltend gemacht haben, seit den ersten Nachrichten über ihn unverändert erhalten konnte, cf. Hälschner S. 396. Auch heute noch ist er „an sich ein allgemein bekannter; die ihm im gemeinen Leben beigelegte Bedeutung stimmt mit der Gesetzesdefinition überein.“ Oppenhoff S. 441. Diese Uebereinstimmung geht so weit, dass zur Bestrafung einer That nach § 242 des RSGB es genügt, einfach festzustellen, dass ein „Diebstahl“ begangen ist, und von der Feststellung aller einzelnen Begriffsmerkmale abgesehen werden kann. Oppenhoff l. c. Der Begriff des römischen furtum konnte dagegen unmöglich im Volke lebendig sein. Vielmehr setzt derselbe eine Rechtspflege durch gelehrte und in der Praxis erfahrene Richter voraus, eine Voraussetzung, die bei den Römern allerdings zutraf, und wo sie nicht zutraf, durch die natürliche Begabung der Römer ersetzt wurde.

Das Schluss-Resultat ist demnach, dass beide Begriffe, furtum und Diebstahl, auf's innigste verwachsen sind mit den gesammten Cultur-Verhältnissen der Zeit und des Volkes, welche sie hervorgebracht haben, und dass in dem Unterschied dieser Cultur-Verhältnisse der Unterschied von furtum und Diebstahl gegeben war.



Quellen.

tit. J. de obligationibus quae ex delicto nascuntur (4. 1).
tit. D. de furtis (47. 2).
tit. C. de furtis et de servo corrupto (6. 2).
Gaius, Institutiones, III, 183—209.
Paulus, Receptae Sententiae, II, 31 de furtis.
Gellius, Noctes Atticae, VII, 15. XI, 18.
RSGB § 242—248.

Vollständiger Titel der angeführten Bücher.

Windscheid, Lehrbuch des Pandectenrechtes.
Sintenis, das praktische Gemeine Civilrecht.
Unterholzner, die Lehre des römischen Rechtes von den Schuld-Verhältnissen.
Klien, Revision der Grundsätze über das Verbrechen des Diebstahls.
Dollmann, die Entwendung nach den Quellen des Gemeinen Rechtes.
Wächter, in Weiske's Rechts-Lexicon, Art. Diebstahl.
Köstlin, Abhandlungen aus dem Strafrecht.
Hälschner, System des preussischen Strafrechtes.
Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechtes.
Schwarze, Commentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich.
Oppenhoff, das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich.

